HELFRICI-ULRICI HUNNII, ... DE PACTIS TRACTATUS

Helfrich Ulrich Hunnius

Digitized by Google

BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
13
14 L
14

liotheca
majori Coll. Rom.
Societ. Jesu

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

HELFRICI-ULRICI HUNNII,

J. U. DOCTORIS, ET
Inclytæ Academiæ Gieſſe-
næ Profeſſoris pu-
blici,

de

PACTIS

TRACTATUS.

Bibl: Secr
Coll: Rom:
Soc: Jesu

BIBLIOTECA N.
ROMA
VITTORIO.EMANUELE

GIESSÆ HESSORUM,
Typis Nicolai Hampelii, Typogr. Academ.

M. DC. XVI.

Digitized by Google

DOMINO
HENRICO à MAXEN
JUVENI
OMNIS GENERIS, VIRTUTIS AC ERUDITIONIS LAUDE CUMULATISSIMO
BONARUM LITERARUM INPRIMIS VERO JURISPRUDENTIÆ CULTORI STRENUO
PATERNA AVITA ET PROAVITA GLORIA SPLENDIDISSIMO

HOC QUALECUNQ. AMICITIÆ SYNCERÆ MINIMEQ. FUCATÆ MONUMENTUM SEMPITERNUM PONI VOLUIT

HELFRICUS-ULRICUS
HUNNIUS JCTUS.

Digitized by Google

INDEX CAPITUM ET QUÆSTIONUM, QUÆ IN HOC TRACTATU explicantur.

CAPUT I.

De Definitione pacti.

QUÆSTIO.

An pactum rectè definiatur duorum pluriumvé in idem placitum conſenſus. pag. 1.

CAPUT II.

De Diviſionibus pacti.

QUÆSTIO I.

An diviſio pacti in publicum legitimum & iuris gentium ſit legitima? 7.

2. *An duces belli pacem facere cum hoſte poſſint?* 16.

3. *An princeps pacem faciendo cum hoſtibus, privatorum damna atq; injurias ob cauſam belli acceptas remittere poſſit?* 26.

4. *An cum infidelibus fœdus iniri poſſit?* 31.

5. *An fides hoſti datā fœdusq; cum eo initum ſervari debeat?* 46.

6. *An pacta legitima ſint nuda, an verò ſint contractus: & utrum pacta legitima & con-*

contractus ſint convertibilia: Sic ut omne legitimum pactum ſit contractus, & viciſſim omnis contractus ſit pactum legitimum? 33.

7. An contractus civiles, ſeu jure civili introducti ſint pacta legitima? 62.

8. An promiſſio dotis ſit pactum legitimum? 66.

9. An donatio ſit pactum legitimum? 69.

10. An pactum de Vſuris Argentario dandis, ut & pactum de Vſuris frumenti, vini, olei, ſit legitimum? 81.

11. An pactum rectè dividatur in Nudum & Nonnudum, ſive veſtitum; An verò idem ſit pactum nudum, & pactum conventum? 86.

12. Quomodo pactum nudum rectè definiatur? 104.

13. Pactum nudum quomodo differat à pollicitatione, & an promiſſio præſenti & tacenti, in ejus commodum facta, ſit pollicitatio, an verò pactum nudum? 107.

14. Quænam vera ſit & perfecta contractus definitio? 113.

15. An traditione Chyrographi tacitum pactum de non petendo inducatur. 124.

16. An ſicut in rebus inquilini in prædium urbanum inductis, illatis & invectis tacitum conſtituitur pignus; Ita etiam in illis, quæ in prædium ruſticum inducuntur, inferuntur & invehuntur? 132.

17. *An etiam in rebus minoris viginti quinque annis, in prædium inductis & illatis, tacitum conſtituatur pignus?* 139.

18. *An pactum rectè dividatur in reale & perſonale, an verò tertium, nempe mixtum ſit addendum?* 142.

CAPUT III.

De his, qui paciſci poſſunt, & quibus cum pactio iniri poteſt? 144.

QUÆSTIO I.

An furioſus & mente captus paciſci poſſint? 144.

2. *An furioſus ex delicto obligetur?* 152.

3. *An furioſus propter delictum ante furorem perpetratum, in ipſo furore puniri debeat?* 162.

4. *Qui nam dicantur infantiæ & qui pubertati proximi?* 168.

5. *An pupillus ſine tutoris Authoritate contrahens obligetur?* 181.

6. *An pupillus ſine tutore contrahens & locupletior factus, obligetur civiliter, an verò tantùm naturaliter?* 201.

7. *An infans, perinde, ut furioſus, paciſci, tutore auctore nequeat?* 206.

8. *Qui nam ſit prodigus & à quo ei bonis interdicatur?* 212.

9. *An prodigus ex pacto ſuo & contractu, ſine curatoris ſui conſenſu inito, obligetur* ſaltem

Digitized by Google

ſaltem Naturaliter? 226.

10. *An minor viginti quinque annis ſine curatoris conſenſu poſſit paciſci & ex pacto obligetur?* 231.

11. *An Ebrius poſſit paciſci, & ex pactione obligetur?* 255.

12. *An advocatus cum cliente de quota litis paciſci queat?* 257.

13. *An cum latrone, pirata ac pradone paciſci liceat, & pactio cum illis inita obligatoria ſit?* 264.

14. *An pactum, quo latroni pro capite precium promittitur, ſervandum ſit, maximè ſi juratum fuerit?* 271.

15. *An cum hoſte pactum iniri, & initum eidem ſervari debeat?* 285.

16. *An privatus cum principe efficaciter paciſci queat, ſic ut principem ſibi ex pacto iſto obliget?* 298.

17. *An filius cum patre de rebus adventitiis, quorum ipſe plenam habet proprietatem, paciſci & contrahere poſſit?* 308.

CAPUT IV.

De his quibus pactione aliorum acquiritur? 314.

QUÆSTIO I.

An filius pactione patri obligationem acquirat? 314.

2, Ao

2. *An filius ſub conditione paciſcatur & conditio exiſtat diſſoluta per emancipationem patria poteſtate, patri ex pacto acquiratur obligatio vel exceptio, an verò filio?* 316.

3. *An ex conventione filiifam. patri naturalis obligatio acquiratur?* 321.

4. *An ex pacto conjunctæ perſonæ veluti filio emancipato nepotibus ex filio, &c. acquiri poſſit?* 338.

5. *An pacto procuratoris domino proſit vel noceat?* 347.

6. *An ex pacto procuratoris, ſi ſit legitimum, vel non-nudum, domino actio ſaltem utilis acquiratur?* 349.

7. *An uni ex futuris heredibus proſpici poſſit, ſic ut cæteris non conſulatur?* 356.

8. *An quis heredi ſuo paciſcendo, non adjunctâ ſuâ perſonâ, proſit?* 363.

9. *An ſi uni quis ex heredibus & ſibi ſtipuletur, vel paciſcatur, omnibus heredibus proſit, maximè ſi obligatio ſit in faciendo?* 366.

10. *An pactum ad hæredes & ſucceſſores ſit tranſitorium, ſic ut ſi perſona heredis pacto non ſit nominatim comprehenſa, ei nihil ominus pactum proſit?* 370.

11. *An pactum perſonale proſit ſingularibus ſucceſſoribus, ut emptori, donatario, legatario & ſimilibus?* 373.

12. *An*

12. *An ſervus hereditarius futuro heredi paciſci poſſit?* 379.

CAPUT V.

De rebus, quæ in pactum deduci poſſunt vel non poſſunt? 383.

QUÆSTIO I.

An valeat pactum de ſucceſſione & hereditate certi alicujus tertii adhuc in vivis exiiſtentis? 383.

2. *An de futura tertii hereditate & ſucceſſione valeat pactio, ſi is paciſcentibus conſentiat?* 392.

3. *An valeat pactio de futura ſucceſſione & hereditate hominis incerti?* 396.

3. *An valeat pactio de futura hereditate cum eo ipſo interpoſita, cujus eſt hereditas? Et de reciproca ſucceſſione?* 399.

5. *An valeat pactio liberorum cum patre, ut liberi æqualiter ſuccedant? Et in ſpem, quid de ea pactione dicendum, qua convenit, ut filia, dote accepta, nihilominus æqualiter cum cæteris ſuccedat?* 408.

6. *An pactum filiæ, quo hereditati paternæ, dote accepta renunciat, ſit licitum & jure permiſſum?* 415.

7. *An pactum de non ſuccedendo juratum valeat?* 420.

8. *An pactum de re impoſſibili valeat: Et inprimis, ſi pactũ ſit de re jure impoſſibili?* 427.

9. An

9. *An quæ pacto hujusmodi acceſſerunt & ipſa ſint nullius momenti?* 436.

10. *An pactum de re turpi initum ſit ipſo jure nullum?* 447.

11. *An de criminibus publicis non capitalibus liceat gratis donandi animo, poſt accuſationem inſtitutam, paciſci?* 452.

12. *An de controverſiis, quæ ex teſtamento oriuntur, liceat, non inſpectis nec cognitis teſtamenti verbis gratis, atq; donandi cauſa paciſci?* 456.

13. *An de futuris alimentis in teſtamento relictis, ſine prætoris cognitione liceat paciſci?* 461.

14. *An de Adulterio ante inſtitutam accuſationem, factamq; criminis denunciationem vel rei poſtulationem liceat gratis & donationis cauſa paciſci?* 471.

15. *An pactum principis, quo atrocis criminis reo impunitatem, ſi crimen confeſſus fuerit, promiſit, valeat & obſervari debeat?* 478.

CAPUT VI.

De pactorum adjunctis.

QUÆSTIO I.

An ex pura conventione ſtatim agi poſſit, nullo temporis ſpacio intercedente? 488.

2. *De die conventioni adjecta & quid operetur?* 492.

3. An

3. *An id, quod in diem debetur, etiam ante diem invito ſolvi poſſit?* 497.

4. *An id, quod in diem debetur ſi ante diem fuerit ſolutum repeti poſſit? Et quid de intereſſurio medii temporis ſtatuendum?* 506.

5. *Quænam ſit vis conditionis adjecta conventioni?* 510.

6. *An impoſſibilis conditio vitiet conventionem, an verò ipſa convitiebor?* 513.

7. *An conditio contractus, qua id agitur, ut debeatur, non poteſt conferri in arbitrium debitoris?* 515.

8. *Si in arbitrium extranei, ſive tertii conditio contractus conferatur, & is fuerit arbitratus, an ſtandum præcisè arbitrio, an verò ad arbitrium boni viri redigendum; & quid in ſtrictis contractibus?* 520.

9. *Si is in cujus arbitrium contractus eſt collatus non arbitretur, an contractus corruat, maximè ſi bonæ ſit fidei?* 527.

CAPUT VII.

De variis pactorum effectis.

QUÆSTIO I.

An pactum nudum pariat obligationem naturalem, an verò duntaxat exceptionem? 532.

2. *An ex pacto nudo actio naſcatur?* 539.

3. *An de jure Canonico ex nudo pacto actio naſcatur?* 544.

4. *An pactum contractui in continenti ad-*

Digitized by Google

adjectum actionem producat; & in ſpecie de pactis ſtrictis contractibus adjectis? 549.

5. Quænam pacta in continenti dicantur adjecta? pag 560.

6. Quænam actio ex pacto in continenti contractui adjecto naſcatur? 564

CAPUT ULTIMUM. 578.

De pactorum contrariis.

QUÆSTIO I.

Quænam pactis ſint contraria? 578.

2. An pactum dolo initum ſubſiſtat, etſi non ſubſiſtit, an ſit ipſo jure nullum, an verò aliquo remedio reſcindatur? 579.

3. An contractus vi metuvé extortus ipſo jure ſit nullus; an verò ſubſiſtat & poſtea reſcindatur? 598.

4. An Error circa genus contractus commiſſus vitiet contractum irritumq; conſtituat? 604.

5. An Error circa ſubſtantiam ſeu corpus rei commiſſus vitiet contractum? 605.

6. An error circa materiam & materiæ qualitatem commiſſus vitiet contractum? 608.

TRA-

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

TRACTATUS DE PACTIS.

CAPUT I.

De DEFINITIONE PACTI.

EXERCITATIO UNICA.

An rectè definiatur pactum quod ſit duorum pluriúmve in idem placitum conſenſus?

DEFINIT Ulpianus pactionem, *quod ſit duorum pluriúmve in idem placitũ conſenſus in l. 1. §. 2. ff. de pact.* Et in *l 3. pr. ff de pollicit* quod ſit duorum cõſenſus atque conventio,

Verùm hæc definitio à multis adhuc indubium vocatur, & à quibusdam, ut minus legitima, in totum rejicitur: Etenim Franciſcus Hotomannus in *comm. ad lib. 1. § 2. d. tit. de pact.* pinguius ait hanc

definitionem ab Ulpiano eſſe conceptam, quia non ſi qui de peregrinando, de ambulando, vel ineundo convivio, vel commentando conſenſerint, idcirco eorum conſenſus ſtatim ſit pactum: putat proinde deeſſe hæc verba: *De gerendo vel diſtrahendo negocio.*

2. Deinde & idcirco hanc definitionem perfectam propriamque pacti eſſe negat, quia pactum à contractu non ſecernat; quandoquidem contractus quoque ſit conſenſus in idem placitum, quo contrahatur obligatio, *l. 5. §. Imperator. ff. de ſolut.* Quocirca exiſtimat addendum, *de negocio gerendo, naturali tantùm & prætorio jure comprobata, quæ propterea naturalem tantùm obligationem parit.*

3. Falſam præterea exinde dicunt Ulpiani definitionem, quia & *Tranſactioni* conveniat: Tranſactio ſiquidem eſt duorum pluriumvé in idem placitum conſenſus: Atqui illegitima definitio eſt, quæ nō ſoli definito ſuo cōpetit; ſed latius eò patet.

4. Everti denique exiſtimant definitionem propoſitam eo, quod diviſioni quoque accommodari queat, cum & in diviſione duo in idem placitum conſentiant.

Veruntamen qui ſuperiorem defini-

tio-

tionem rejiciunt interpretis officio non funguntur. Boni ſiquidem interpretis eſt leges interpretari, non reprehendere: Benignius leges interpretendæ ſunt, quo mens illarum conſervetur, inquit Celſus in *l. benignius, ff. de Legib.* Nec etiam, quæ ei objiciuntur, ejus ſunt roboris, ut convellere eam & ſubvertere queant.

Nam quod *ad primum:* Verba definitionis non ſunt captanda, *l. pen. ff ad exhib.* ſed rectè atque in ſano ſenſu accipienda. Nec enim JCtus definit pactum quod ſi duorum, *de eadem re* placitum & conſenſus; ſed quod ſit *IN idem* conſenſus: Jam verò diverſa ſunt *IN idem conſentire* & *AD idem conſentire*. De eadem re ſiquidem illi conſentire dicuntur, qui idem ſentiunt atque unanimiter ſtatuunt rem ita ſeſe habere, ut ſi duo Philoſophi vel Jurisperiti de aliqua quæſtione Juridica, vel Philoſophica conſulti, idem reſponderint. *In idem* verò placitum conſentire dicuntur, qui non modò de eadem re idem ſentiunt, ac ſtatuunt; ſed qui ita ſentiunt idem, ut ſimul recipiant, futurum ut ea res ſequatur, quod qui faciunt, promittunt. *Vide Duaren. in d. l. 1. §. 2. de pact.*

Aliter reſpondet Franciſcus Connanus *lib. 5. Comm. 1. n. 10.* Nuſquam ſimpli-

17. *An etiam in rebus minoris viginti quinque annis, in prædium inductis & illatis, tacitum conſtituatur pignus?* 139.

18. *An pactum rectè dividatur in reale & perſonale, an verò tertium, nempe mixtum ſit addendum?* 142.

CAPUT III.

De his, qui paciſci poſſunt, & quibus cum pactio iniri poteſt? 144.

QUÆSTIO I.

An furioſus & mente captus paciſci poſſint? 144.

2. *An furioſus ex delicto obligetur?* 152.

3. *An furioſus propter delictum ante furorem perpetratum, in ipſo furore puniri debeat?* 162.

4. *Qui nam dicantur infantiæ & qui pubertati proximi?* 168.

5. *An pupillus ſine tutoris Authoritate contrahens obligetur?* 181.

6. *An pupillus ſine tutore contrahens & locupletior factus, obligetur civiliter, an verò tantùm naturaliter?* 201.

7. *An infans, perinde, ut furioſus, paciſci, tutore auctore nequeat?* 206.

8. *Qui nam ſit prodigus & à quo ei bonis interdicatur?* 212.

9. *An prodigus ex pacto ſuo & contractu, ſine curatoris ſui conſenſu inito, obligetur ſaltem*

Digitized by Google

ſaltem Naturaliter? 226.

10. *An minor viginti quinque annis ſine curatoris conſenſu poſſit paciſci & ex pacto obligetur?* 231.

11. *An Ebrius poſſit paciſci, & ex pactione obligetur?* 255.

12. *An advocatus cum cliente de quota litis paciſci queat?* 257.

13. *An cum latrone, pirata ac prædone paciſci liceat, & pactio cum illis inita obligatoria ſit?* 264.

14. *An pactum, quo latroni pro capite precium promittitur, ſervandum ſit, maximè ſi juratum fuerit?* 271.

15. *An cum hoſte pactum iniri, & initum eidem ſervari debeat?* 285.

16. *An privatus cum principe efficaciter paciſci queat, ſic ut principem ſibi ex pacto iſto obliget?* 298.

17. *An filius cum patre de rebus adventitiis, quorum ipſe plenam habet proprietatem, paciſci & contrahere poſſit?* 308.

CAPUT IV.

De his quibus pactione aliorum acquiritur? 314.

QUÆSTIO I.

An filius pactione patri obligationem acquirat? 314.

2, An

2. *An filius ſub conditione paciſcatur & conditio exiſtat diſſoluta per emancipationem patria poteſtate, patri ex pacto acquiratur obligatio vel exceptio, an verò filio?* 316.

3. *An ex conventione filiifam. patri naturalis obligatio acquiratur?* 321.

4. *An ex pacto conjunctæ perſonæ veluti filio emancipato nepotibus ex filio, &c. acquiri poſſit?* 338.

5. *An pacto procuratoris domino proſit vel noceat?* 347.

6. *An ex pacto procuratoris, ſi ſit legitimum, vel non-nudum, domino actio ſaltem utilis acquiratur?* 349.

7. *An uni ex futuris heredibus proſpici poſſit, ſic ut cæteris non conſulatur?* 356.

8. *An quis heredi ſuo paciſcendo, non adjunctâ ſuâ perſonâ, proſit?* 363.

9. *An ſi uni quis ex heredibus & ſibi ſtipuletur, vel paciſcatur, omnibus heredibus proſit, maximè ſi obligatio ſit in faciendo?* 366.

10. *An pactum ad hæredes & ſucceſſores ſit tranſitorium, ſic ut ſi perſona heredis pacto non ſit nominatim comprehenſa, ei nihilominus pactum proſit?* 370.

11. *An pactum perſonale proſit ſingularibus ſucceſſoribus, ut emptori, donatario, legatario & ſimilibus?* 373.

12. An

12. *An ſervus hereditarius futuro heredi paciſci poſſit?* 379.

Caput V.

De rebus, quæ in pactum deduci poſſunt vel non poſſunt? 383.

Quæstio I.

An valeat pactum de ſucceſſione & hereditate certi alicujus tertii adhuc in vivis exiiſtentis? 383.

2. *An de futura tertii hereditate & ſucceſſione valeat pactio, ſi is paciſcentibus conſentiat?* 392.

3. *An valeat pactio de futura ſucceſſione & hereditate hominis incerti?* 396.

3. *An valeat pactio de futura hereditate cum eo ipſo interpoſita, cujus eſt hereditas? Et de reciproca ſucceſſione?* 399.

5. *An valeat pactio liberorum cum patre, ut liberi æqualiter ſuccedant? Et in ſpem, quid de ea pactione dicendum, qua convenit, ut filia, dote accepta, nihilominus æqualiter cum cæteris ſuccedat?* 408.

6. *An pactum filiæ, quo hereditati paternæ, dote accepta renunciat, ſit licitum & jure permiſſum?* 415.

7. *An pactum de non ſuccedendo juratum valeat?* 420.

8. *An pactum de re impoſſibili valeat: Et inprimis, ſi pactũ ſit de re jure impoſſibili?* 427.

9. *An*

9. *An qua pacto hujusmodi acceſſerunt & ipſa ſint nullius momenti?* 436.

10. *An pactum de re turpi initum ſit ipſo jure nullum?* 447.

11. *An de criminibus publicis non capitalibus liceat gratis donandi animo, poſt accuſationem inſtitutam, paciſci?* 452.

12. *An de controverſiis, quæ ex teſtamento oriuntur, liceat, non inſpectis nec cognitis teſtamenti verbis gratis, atq; donandi cauſa paciſci?* 456.

13. *An de futuris alimentis in teſtamento relictis, ſine prætoris cognitione liceat paciſci?* 461.

14. *An de Adulterio ante inſtitutam accuſationem, factamq́ criminis denunciationem vel rei poſtulationem liceat gratis & donationis cauſa paciſci?* 471.

15. *An pactum principis, quo atrocis criminis reo impunitatem, ſi crimen confeſſus fuerit, promiſit, valeat & obſervari debeat?* 478.

CAPUT VI.
De pactorum adjunctis.
QUÆSTIO I.

An ex pura conventione ſtatim agi poſſit, nullo temporis ſpacio intercedente? 488.

2. *De die conventioni adjecta & quid operetur?* 492.

3. *An*

3. *An id, quod in diem debetur, etiam ante diem invito ſolvi poſſit?* 497.

4. *An id, quod in diem debetur ſi ante diem fuerit ſolutum repeti poſſit? Et quid de interesſurio medii temporis ſtatuendum?* 506.

5. *Quænam ſit vis conditionis adjectæ conventioni?* 510.

6. *An impoſſibilis conditio vitiet conventionem, an verò ipſa convitiebor?* 513.

7. *An conditio contractus, qua id agitur, ut debeatur, non poteſt conferri in arbitrium debitoris?* 515.

8. *Si in arbitrium extranei, ſive tertii conditio contractus conferatur, & is fuerit arbitratus, an ſtandum præciſè arbitrio, an verò ad arbitrium boni viri redigendum; & quid in ſtrictis contractibus?* 520.

9. *Si is in cujus arbitrium contractus eſt collatus non arbitretur, an contractus corruat, maximè ſi bonæ ſit fidei?* 527.

CAPUT VII.

De variis pactorum effectis.

QUÆSTIO I.

An pactum nudum pariat obligationem naturalem, an verò duntaxat exceptionem? 532.

2. *An ex pacto nudo actio naſcatur?* 539.

3. *An de jure Canonico ex nudo pacto actio naſcatur?* 544.

4. *An pactum contractui in continenti* ad-

adjectum actionem producat; & in ſpecie de pactis ſtrictis contractibus adjectis? 549.

5. Quænam pacta in continenti dicantur adjecta? pag 560.

6. Quænam actio ex pacto in continenti contractui adjecto naſcatur? 564.

CAPUT ULTIMUM. 578.

De pactorum contrariis.

QUÆSTIO I.

Quænam pactis ſint contraria? 578.

2. An pactum dolo initum ſubſiſtat, etſi non ſubſiſtit, an ſit ipſo jure nullum, an verò aliquo remedio reſcindatur? 579.

3. An contractus vi metuvé extortus ipſo jure ſit nullus; an verò ſubſiſtat & poſtea reſcindatur? 598.

4. An Error circa genus contractus commiſſus vitiet contractum irritumq́ conſtituat? 604.

5. An Error circa ſubſtantiam ſeu corpus rei commiſſus vitiet contractum? 605.

6. An error circa materiam & materiæ qualitatem commiſſus vitiet contractum? 608.

TRA-

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

TRACTATUS DE PACTIS.

CAPUT I.

De DEFINITIONE PACTI.

EXERCITATIO UNICA.

An rectè definiatur pactum quod ſit duorum pluriúmve in idem placitum conſenſus?

DEFINIT Ulpianus pactionem, *quod ſit duorum pluriúmve in idem placitũ conſenſus in l. 1. §. 2. ff. de pact* Et in *l 3. pr. ff de pollicit* quod ſit duorum cõſenſus atque conventio,

Verùm hæc definitio à multis adhuc indubium vocatur, & à quibusdam, ut minus legitima, in totum rejicitur: Etenim Franciſcus Hotomannus in *comm. ad lib. 1. § 2. d. tit. de pact.* pinguius ait hanc

definitionem ab Ulpiano eſſe conce-ptam, quia non ſi qui de peregrinando, de ambulando, vel ineundo convivio, vel commentando conſenſerint, idcirco eorum conſenſus ſtatim ſit pactum: putat proinde deeſſe hæc verba: *De gerendo vel diſtrahendo negocio.*

2. Deinde & idcirco hanc definitionem perfectam propriamque pacti eſſe negat, quia pactum à contractu non ſecernat; quandoquidem contractus quoque ſit conſenſus in idem placitum, quo contrahatur obligatio, *l. 5. §. Imperator. ff. de ſolut.* Quocirca exiſtimat addendum, *de negocio gerendo, naturali tantùm & prætorio jure comprobata, quæ propterea naturalem tantùm obligationem parit.*

3. Falſam præterea exinde dicunt Ulpiani definitionem, quia & *Tranſactioni* conveniat: Tranſactio ſiquidem eſt duorum pluriumvé in idem placitum conſenſus: Atqui illegitima definitio eſt, quæ nō ſoli definito ſuo cōpetit; ſed latius eò patet.

4. Everti denique exiſtimant definitionem propoſitam eo, quod diviſioni quoque accommodari queat, cum & in diviſione duo in idem placitum conſentiant.

Veruntamen qui ſuperiorem definitio-

tionem rejiciunt interpretis officio non funguntur. Boni ſiquidem interpretis eſt leges interpretari, non reprehendere: Benignius leges interpretendæ ſunt, quo mens illarum conſervetur, inquit Celſus in *l. benignius, ff. de Legib.* Nec etiam, quæ ei objiciuntur, ejus ſunt roboris, ut convellere eam & ſubvertere queant.

Nam quod *ad primum:* Verba definitionis non ſunt captanda, *l. pen. ff. ad exhib.* ſed rectè atque in ſano ſenſu accipienda. Nec enim JCtus definit pactum quod ſi duorum, *de eadem re* placitum & conſenſus; ſed quod ſit *IN idem* conſenſus: Jam verò diverſa ſunt *IN idem conſentire* & *AD idem conſentire.* De eadem re ſiquidem illi conſentire dicuntur, qui idem ſentiunt atque unanimiter ſtatuunt rem ita ſeſe habere, ut ſi duo Philoſophi vel Jurisperiti de aliqua quæſtione Juridica, vel Philoſophica conſulti, idem reſponderint. *In idem* verò placitum conſentire dicuntur, qui non modò de eadem re idem ſentiunt, ac ſtatuunt; ſed qui ita ſentiunt idem, ut ſimul recipiant, futurum ut ea res ſequatur, quod qui faciunt, promittunt. *Vide Duaren. in d. l. 1. §. 2. de pact.*

Aliter reſpondet Franciſcus Connanus *lib. 5. Comm. 1. n. 10.* Nuſquam ſimpli-

citer definiri pactum *plurium conſenſus.* Hoc enim ſi fieret, vix ab objectione adverſariorum definitionem defendi poſſe; ſed adjici in *d.l.1.* § 2. voculam PLACITUM *in l.3.* verò *de pollicit* nomen CONVENTIO. Iſtam verò *placiti* ſeu *conventionis* vocem omnem juſtæ reprehenſionis viam occludere: Cum ſignificet ex diverſis animi ſententiis, in id tandem ventum eſſe, quod pactum eſt; Ut neceſſe ſit ex pacto aliquid novi conſtitui juris & omninò aliud, quàm quod antea erat. Ut proinde non ſit opus quicquam præterea addere definitioni, ſed ſit ſatis apta & propria ei rei, quam explicat.

Ad ſecundum reſpondendum: Superiori definitione declarari ac definiri pactum in genere, quod contractui æque, atque pacto nudo, conveniat; Atque utrumque, ut ſpecies, complectatur: Etenim pactum in jure noſtro accipitur dupliciter: primò in genere, prout idem eſt, quod pactio, ſive conventio. Deinde ſpecialiter & ſtrictè pro nudo pacto. In priori generali ſignificatione, quatenus pacti nudi & contractus genus eſt ſuperiori definitione definitur duorum pluriumve in idem placitum conſenſus. Proinde vitioſa non eſt hæc definitio, etiamſi contra-

ctui

ctui quoque conveniat; Imò cùm contractus ſit ſpecies pacti, par eſt ut generis definitio ei conveniat.

Nec obſtat quod objicit *Cuno*, genus, ex omnium Philoſophorum ſententia definiri non poſſe; non itaque admittendum, quod Ulpianus genus pacti definierit. R. Hoc enim de genere generaliſſimo verum eſt; quod propterea definiri non poteſt, quia genere, quod definitioni inſerendum, deſtituitur. At genera utique ſubalterna definiri poſſunt: Nam contractus, qui ratione emptionis, locationis, depoſiti, commodati, &c. genus eſt ſubalternum, definiri utique poteſt.

Nec magis reſiſtit *Tertium*: Quandoquidem propterea definitio ſuperior vitioſa non eſt, etiamſi Tranſactioni quoque conveniat: Tranſactio enim pactum eſt, ut infinitis legibus docemur: Et tranſactionem eſſe contractum, cujus genus eſt pactũ, prolixè demonſtravi in tractatu meo de *Tranſact. c. 1 Exerc. 2.* pactum equidem tranſactioni non rarò opponitur & integris ab invicem titulis, cum in Pandectis, cum in Codice accuratè diſcernuntur; verùm hoc non ſimpliciter, ſed certo ſolùm reſpectu fieri, ibidem oſtendi: Habet quippe tranſactio dupli-

cem finem, juxta quem duplicem quoque ſortitur conſiderationem: Unus & quidem præcipuus eſt, litem finire; Alter verò, obligationem novam, de eo, quod viciſſim à reo promiſſum eſt, contrahere: Reſpectu prioris non eſt pactum, ſed nullibi non pacto opponitur: At ratione poſterioris hujus pactum eſt, ut hoc præcitato in loco prolixius declaravi.

Ad poſtremum reſpondeo: Diviſionis placitum eſſe utique pactum *in l. Diviſionis, 45. ff. de pact.* meritò itaque definitio pacti eidem accommodatur.

Caput II.

De Diviſionibus Pacti.

PActorum variæ ſunt legibus noſtris proditæ diviſiones, quarum procul dubio præcipua ac prima eſt, quam Ulpianus tradit in *l. Conventionum, 5. ff de pact. ubi Conventionum* ait *tres ſunt ſpecies: Aut enim ex publica conventione fiunt, aut ex privata: privata aut legitima aut jurisgentium.*

Exer-

EXERCITATIO I.

An diviſio hæc pacti trimembris in publicum, legitimum, & Iurisgentium ſit legitima & bona?

REprehendunt hanc diviſionem, ut minus legitimam, non pauci è Neotericis atque ex illis præcipuè Fr.Duaren. *in d.l.5 de pact.* Antonius Faber *ibidem in Ration.* Jacobus Rævard. *lib. 4. varior. 1.*

Fundamenta illorum hæc ſunt.

I. Lex, inquiunt, perpetua eſt bonæ ac legitimæ diviſionis. Ne ſpecies de pluribus prædicentur, quàm ipſum genus diviſum: At hæc lex ab Ulpiano in propoſita diviſione manifeſtiſſimè fuit violata; quoniam utraque ſpecies privatæ conventionis, legitima videlicet ac Jurisgentium de publica conventione rectè enunciantur, cum tamen genus illarum, nempe conventio privata, de eadem, publicâ, conventione, prædicari nequeat.

 2. Huc

2. Huc vel inprimis facere videtur, quòd ſecundùm Ciceronem, *lib. 2. de Finibus* oportuiſſet primò conventionis duas poni ſpecies; conventio ſcilicet publica & privata: ac tum privatam rurſus in Jurisgentium & legitimam ſubdividi; Nec ita membra diviſionis ac ſubdiviſionis confundi.

3. Quin & ideo vitioſa videtur ſuperior diviſio, quòd contractus jure civili primitus introductos, quales ſunt ſtipulatio, Emphyteuſis & literarum contractus, non contineat; adeoque diviſum omne non exhauriat: Quandoquidem hi contractus non ſunt pacta legitima ceu docet Bocerus *ad l. 23. c. 1. n. 7. de R. Iur.* Nec ad Jurisgentium conventionem referri poſſunt, ut quibus expreſsè opponantur in *l. Ex hoc jure, ff. de Iuſtic. & jure, & §. 2. I. de jure Nat. gent & Civil.*

4. Quibus accedit & hoc, quòd quædam ſint conventiones, quæ ſimul legitimæ ſint & Jurisgentium; Omnes videlicet illæ, quas jusgentium primò induxit, pòſt jus civile ad producendas actiones confirmavit: Cujus generis ſunt Emptio venditio, locatio conductio, Depoſitum & plærique alii contractus. *d. l. ex hoc jure.* At imperfecta & illegitima eſt illa diviſio,

ſio, quæ non omnes continet generis diviſi ſpecies.

5. Adde quòd cùm omnes conventiones ſint jurisgentium, ſive publicæ ſint, ſive privatæ, ſive legitimæ, quia omnes qui conveniunt, quomodocunque jam conveniant, juregentium convenire intelligantur; perperam idcirco in propoſita diviſione pactum dividatur in publicum & privatum, & hoc rurſus in pactum jurisgent. & legitimum.

6. Inſuper in diviſione ſuperiori malè opponi conventionem jurisgentium conventioni publicæ, exinde liquet: quod jus publicum etiam, quo conventio publica nititur, ſit vel jurisgentium, vel juris civilis: Atqui conventio, quam Ulpianus publicam appellat, quæque cum hoſte fit, non poteſt eſſe juris civilis, ut cujus extraneus, hoſtis ſcilicet, communionem nullam habeat. Relinquatur proinde eam eſſe jurisgent. Et quod pactio publica ſit jurisgentium, ſatis perſpicuè teſtatur Livius *lib. 9. Hoc fide*, inquiens, *hoc fœderibus, hoc fœcialibus ceremoniis dignum erat, ut tu quidem, qui petiiſti per actiones habens tot cives incolumes: Ego pacem, quam hoſti tibi remittendo pactus ſum, non habeam? Hoc tu A. Corneli, hoc vos Fœciales*

gentibus dicitis. Idemque Iſidorus quoque *lib 5. Etymolog.* confirmat, in hæc verba ſcribens: *Sedium occupatio, munitio, bella, civitates, ſervitutes, poſtliminia, fœdera pacis, induciæ, legatorum non violendorum religio.*

7. Poſtremo & ideo diviſio noſtra vitioſa videtur, quia per eam legitima conventio à publica omnino diſtinguitur: Cum tamen & publica quædam conventio ſit legitima. Illa videlicet, quæ de pace, de fœderibus, induciis, ex præſcripto legum decemviralium in comitiis, in foro, aut etiam in Capitolio cum populo, Authore Senatu, tractabatur à legatis, ad populum Romanum à Senatu miſſis: Nam de hiſce & conſimilibus, quæ populum tenerent, non potuiſſe quicquam decerni à ducibus, conſtare videtur ex Livio *lib. 10.* ubi *Hoc,* ait *ex prælio fractæ iterum Hetruſcorum vires & pacto annuo ſtipendio & duorum menſium frumento, permiſſum à Dictatore, ut de pace legatos mitterent Romam, pax negata, induciæ biennii datæ.*

Ex his itaque fundamentis rejicienda videtur Ulpiani iſta trimembris diviſio.

Verum contraria Opinio, quod imo retineri debeat ac ſuſtineri poſſit, communis

munis eſt, eamque amplectuntur inter alios quoque Matth. Weſenbec. *in parat. Dig. de pact.* Hotom. & Cujacius *in d. l. 5. de pact.*

Illorum hæc ſunt fundamenta.

1. Quod hæc diviſio legalis ſit, non modò ab Ulpiano, JCto acutiſſimo & peritiſſimo ita conſcripta; ſed à Sacratiſſimo quoque Imperatore Juſtiniano approbata, ut proinde authoritas juris pro ea ſtet, nec ab interprete temerè ſit impugnanda.

2. Deinde non eſt JCtis, atque in jure noſtro, infrequens, ſed admodum familiaris ejusmodi præciſa diviſionis brevitas ut ſubdiviſionis pars ad diviſionem accommodetur. Nam exemplum hujus extat in interdictis, quorum tres ſpecies enumerantur in *l.* 1. § 1. *ff. de interdict.* Prohibitoria, nempe, reſtitoria & exhibitoria; Cùm tamen interdicta jubentia rectè opponantur prohibitoriis, atque illa in reſtitoria & exhibitoria ſubdividuntur. Exemplum conſimile extat in diviſione heredis: Nam heres alius dicitur ſuus, alius ſuus & neceſſarius, alius denique extraneus. §. 1. *I. de hered. hered. qualit. & differ.*

& differ. Cum tamen trimembris hæc diviſio ad duplicem diviſionem revocanda fuerit: ita ut heredum alii ſint Neceſſarii, alii non neceſſarii: Et Neceſſariorum rurſus alii Neceſſarii & ſui ſimul, alii neceſſarii tantùm.

3. Denique quia privata conventio omnis tranſit in eam, quæ eſt jurisgent. vel in legitimam; Ideo, effectu conſiderato, JCtus gradum privatæ conventionis omiſit atque triplicem conventionem conſtituit: Publicam, jurisgentium & legitimam.

Solutio contrariorum.

Neque huic opinioni reſiſtunt, quæ pro contraria opinione ſupra fuerunt adducta.

Ad primum enim Reſpondetur negando, quòd de publica conventione pactio legitima, quæ ab Ulpiano ſpecies conventionis privatæ conſtituitur, prædicari queat. Significat enim hîc, interprete Paulo, conventio legitima eam non quæ jure civili prodita eſt & introducta; ſed quæ lege aliqua vel Senatus conſulto ad hoc confirmata eſt, ut actionem produceret. In hac ſignificatione publicam conventionem, legitimam dici non poſſe, exiſtimo.

Ad

Ad ſecundam ℞. Ejusmodi minutias JCtos conſectari nō conſueviſſe: Deinde ſi propoſitam ab Ulpiano diviſionem rectius conſideremus, apparebit utiq; eum ſubdiviſionis membra cum partibus ſeu membris diviſionis non confudiſſe. Proponit ſiquidem JCtus ab initio diviſionem pacti in publicum & privatum; & privatum poſt dividit in jurisgentium & legitimum pactum: Sic enim ait: *Conventionum autem tres ſunt ſpecies: Aut enim ex publica cauſa fiunt; aut ex privata* (quæ eſt diviſio pacti legitima) *privata legitima aut jurisgentium.* Nihil itaque quicquam Ulpianus contra legem diviſionis dialecticam commiſit, ſed eam accuratè obſervavit: præmiſit quippe diviſionem conventionis in publicam & privatam, pòſt privatæ conventionis ſubdiviſionem diſtinctè ſubjecit.

Ad tertium ℞. Adhuc controverſum eſſe, anne ſub conventione legitima contractus, jure civili introducti comprehendantur; Ideoque ex eo, quod controverſum atque incertum eſt, firmum ac validum argumentum duci non poteſt; qua de re vide infra r. *Exercit.6.*

Ad quartum ℞. Conventiones juregentium introductas, quamvis à jure

civili admiſſæ ſint, ut civilem etiam a-ctionem pariant, non tamen legitimas eſſe, in eo ſignificatu, quo hîc legitima dicitur conventio; Non enim lege civili confirmantur ad pariendam actionem; ſed, cùm jam antè ſatis validæ fuerint ad eam producendam, ſolùm à jure civili approbatæ fuerint atq; receptæ Anton. Faber. Quod autem Ulpianus ſub conventione privata jurisgentium ens conventiones comprehenderit, manifeſtum eſt ex *l. jurisgentium, 7. pr. ff. de pact.* in qua idem Ulpianus, conventionem jurisgent. dividens in eam, quæ parit actionem, & eam, quæ exceptionem producit, refert contractus jurisgentium ad illam, quæ ad actionem producendam efficax eſt.

Ad quintum ℞. Argumentum iſtud Rævardi niti falſo præſuppoſito: Præſupponit quippe, omnes omnino conventiones, nullâ penitus exceptâ, juregentium eſſe introductas: Hoc autem falſum eſſe evincit, 1. Quod ipſe Juſtinianus in *d. §. 2. I. de Iure Nat. Gent. & Civili.* Omnes Pene contractus ex juregentium deſcendere aſſerat; Quo ſanè haut obſcurè innuit eſſe quoſdam contractus, qui ex jure Civili originem trahunt. 2.

Quod

Quod in *d. l. 5. ff. de pact.* Conventiones jurisgentium expreſsè opponantur pactis legitimis. Et quamvis excipiat Rævard. Id quod de jurisgentium conventione in ea *l. 5.* ſubjicitur, eſſe vel Triboniani vel imperiti alicujus ſcribæ aut gloſſographi, qui, cùm ab Ulpiano ſic eſſet ſcriptum: *Conventionum tres ſunt ſpecies: Aut enim ex publica cauſa fiunt, aut privata, aut legitima*; Ille ea verba, quæ hodie in *d. l. 5.* leguntur, contra mentem Ulpiani ſubſtituerit. Veruntamen, præterquam quod hæc mera eſt conjectura & divinatio, refellitur etiam ex duabus legibus in continenti ſubjectis, in quibus JCtus cōventionem legitimam & jurisgentium, ſicut in *d. l. 5.* tanquam diverſas conventionis privatæ ſpecies, diſtinxerat; ita quoque diſtinctè atque ordine explicat.

Ad ſextum ℞. Quod Conventio publica ſit jurisgentium, negari non poteſt; Verùm illud obſervandum, quod in *d l 5.* conventioni publicæ non ſimpliciter opponatur conventio jurisgentium; ſed conventio jurisgent. privata.

Ad poſtremum reſpondetur conventionem legitimam dupliciter dici; vel eam, quæ lege aliqua civili ſit introducta; Vel illam, quæ lege civili ad hoc ſit con-

firma-

firmata, ut actionem produceret; In priori ſignificatu pactionem publicam dici poſſe legitimam: At non in poſteriori ſignificatione: Deinde, ſicut publicæ conventioni non ſimpliciter, nec in genere opponitur conventio jurisgentium; ſed conventio privata jurisgentium: ita quoque eidem non in genere & abſolutè opponitur conventio legitima; ſed conventio legitima privata.

QUÆSTIO II.

An duces belli pacem facere cum hoſte poſſint?

CUm itaque conſtet diviſionem pacti, ab Ulpiano propoſitam, eſſe bonam ac legitimam; porrò de ſingulis ejus membris nonnihil dicendum, & primò quidem de *conventione publica*: Eam verò definit Ulpianus, *quod ſit ea quæ fit per pacem, quotiens duces belli quædam inter ſe paciſcuntur, d.l.5.* § 1. Hinc primò ſuboritur quæſtio non uſque adeò expedita; Anne duces belli pacem facere cum hoſte poſſint? De principe equidem, qui ſummam in populum poteſtatem obtinet, §. *ſed & quod principi. I. de jure Nat. Gent. & Civil.* quin de negociis, ad Rempubl. ſpectantibus, rectè atque utiliter paciſcatur

tur atq; pacem cum hoſte faciat, dubium planè nullum eſt: Sed de Ducibus ſaltem belli quæritur; Anne in manu ipſorum ſit, pacem cum hoſte facere, vel inducias paciſci absq; ſpeciali mandato principis, vel Reip. cuius nomine bellum gerunt?

Et quidem Ego, ſalvo tamen aliorum judicio, exiſtimo diſtinguendum; *utrum Duci belli adminiſtratio belli libera ſummaq; rei commiſſa ſit à Republ. An verò liberum, de bello gerendo, mandatum non habeat*: Ut priori caſu etiam ſine ſpeciali mandato paciſci cum hoſte & eidem inducias concedere queat, eamq; pactionem ratam habere teneatur Reſpubl. vel princeps. Poſteriori verò non item. Et quoad hoc quidem poſterius, facilè cõſentiunt omnes: At de priori magna eſt diſceptatio. Etenim Albericus Gentil. *in tract. de jure belli lib. 2. cap.* 10. & quos ibidem allegat alios, ſtatuit, Ducem belli ſummum, qui mandatum habeat de bello gerendo, ſine expreſſo & ſpeciali mandatu non poſſe pacem cum hoſte facere, nec inducias eidem concedere, quantumvis generale habeat cum libera mandatum.

Hujus verò opinionis hæc circiter ſunt fundamenta.

1. Pro-

1. Procurator cum mandatu generali ad litem conſtitutus tranſigendi de controverſia ad pacem faciendi poteſtatem non habet: Sic enim Paulus *in lib. 60. ff. de procurator. Mandato generali non contineri etiam tranſactionem decidendi cauſa interpoſitam: Et ideò ſi poſtea is, qui mandavit, tranſactionem ratam non habuerit, non poſſe eum repelli ab actionibus exercendis* Nec procurator cum libera adminiſtratione conſtitutus ab offenſo poteſt pacem facere cum offendente, ut Clarus ſcribit *§. fin. q. 85.* Quocirca, qui Dux belli conſtitutus eſt, cuique commiſſa eſt belli adminiſtratio, quantumvis libera, non poteſt ſine ſpeciali mandatu tranſigere, & pacem cum hoſte facere.

2. Quæcunque ſpeciale mandatum deſiderant, ea generali mandatu contineri non cenſentur: Atqui tranſigere cum hoſte, cum eodem pacem facere, requirunt ſpeciale mandatum, *l. 7. C. de tranſact.* Igitur, vi generalis mandati, Duci belli, qui ſpeciale non habet mandatum, non licebit cum hoſte paciſci.

3. Ejus eſt paciſci ac pacem facere, atque bellum tollere, qui poteſt bellum movere: Atqui ſolus Princeps, vel ſola Reſpublica id poteſt. Quocirca is ſolus

quoque

quoque, data pace, finem bello imponere poterit.

4. Sicut is, cui cauſæ actio & non deciſio litis mandata eſt, non poteſt tranſigere ac liti finem imponere, *l. Tranſactionis. 7. C. de tranſact* Ita quoque cui belli adminiſtratio, & non pacificatio, eſt demandata, non poteſt pacem cum hoſte, ſine ſpeciali mandatu facere. Optima ſane ratione cum & pacificatio nihil ſit aliud, quàm belli tranſactio & compoſitio.

5. Quæ contraria ſunt, & quidem immediatè contraria, ea non intelliguntur eodem contineri mandatu; ſic ut cui unum conceſſum eſt, eidem quoque alterum mandatum ſeu permiſſum cenſeatur; ſed contrà potius, uno contrariorum mandato, intelligitur alterum non mandatum, ſed prohibitum: Atqui bellum & pax ſunt contraria & quidem immediatè contraria. Igitur cui belli adminiſtratio eſt mandata, eidem non erit jus pacificandi & cum hoſte paciſcendi mandatum, aut permiſſum: Ac propterea ſi Dux belli paciſcatur cum hoſte, terminos ac limites mandati ſui excedit, nec pacificationem ratam habere princeps tenetur.

6. Ubi res eſt præjudicii graviſſimi, ibi nec ſufficit mandatum generale & liberum.

rum. Aretin. *l. de except* At verò pacificatio cum hoſte eſt res maximi præjudicii: Igitur ad hoc non ſufficit mandatum generale & liberum.

7. Denique huc vel inprimis facere videtur exemplum Romanorum, qui licet in fœderibus cuſtodiendis fuerint, omnium teſtimonio, religioſiſſimi; Noluerunt tamen pacificationem à Ducibus, inconſultis ſe, factam ſervare unquam; Quia ſemper contenderunt; *Non ſe pace iſta teneri.*

Ex hiſce itaque fundamentis concludere vulgò conantur, quòd ſummus belli Dux, cui libera belli adminiſtratio, commiſſa eſt, non poſſit absque ſpeciali mandatu pacem cum hoſte inire; Et ſi inierit, Reſpublica ſeu princeps, cujus nomine bellum geritur, non prius ea obſtringatur, quàm ſi pacificationem iſtam ratam habuerit.

Sed contrariam ſententiam fovet ac tuetur poſt alios Franciſcus Duarenus *in d. l. 5 ff. de pact.*

Fundamenta eius hæc ſunt:

1. Quæcunq; ſpeciale deſiderant mandatum, ea continentur mandato cum libera, *l. 60. ff. mand.* Jam verò ſpeciale mandatum

datum pacificatio cum hoſte deſiderat: Ego generali mandatu cum libera continetur: Ac conſequenter, cui eſt libera belli adminiſtratio commiſſa, is poteſt, citra ſpeciale mandatum, paciſci.

2. Qui liberam habet adminiſtrationem, is quoq; ſine ſpeciali mandatu poteſt tranſigere & pacem cum Domini adverſario facere, *l. 58 ff. de procurat.* Ergo & Dux belli, qui generale habet de libera adminiſtratione mandatum, poteſt cum hoſtibus domini ſui ſine ſpeciali mandatu paciſci.

3. Accedit quod expreſsè dicitur *in l. 11. & 12. ff. de pact.* pactum procuratoris cum libera nocere domino.

Et quanquam excipiat Alberic. Gentil. ea, quæ hactenus dicta & adducta ſunt de procuratore univerſorum bonorum cum libera, hûc accommodari non poſſe. 1. Quia ad inſolita & inaudita nullus actus extendatur; inauditum autem & inſolitum eſſet, ſi dux datus gerendo bello pacem componeret, & datus uni rei faceret contrarium. 2. Quia maximi præjudicii res eſt, pacificatio cum hoſte, quæ autem talia ſint ad ea generale mandatum non extendatur. 3. Quia & procurator ad litem datus non poſſit tranſigere, *d l 7. C. de tranſact.* R/. Hæc

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

℟. Hæc tamen minimè infringunt argumenta adducta: Non enim inſolitum eſt & inauditum, Ducem belli pacem pepigiſſe cum hoſte. Id quod præter exempla ab ipſo Gentile adducta in *tractat. de Armis Romanis lib. 1. cap. 6.* ſatis abundeque teſtatur Ulpianus in *d. lib. 5.* ubi publicam conventionem eam definit, quæ fit per pacem quotiens *Duces* belli quædam inter ſe paciſcuntur. Neque in textibus adductis, quibus demonſtravimus procuratorem cum libera, ſine ſpeciali mandatu, tranſigere poſſe, quicquam diſtinguitur; an res ſit magni, an exigui præjudicii. Et quod *d. l.* 7 ſententiæ huic nihil detrahat, perſpicuè paulò pòſt demonſtrabimus.

4. Confirmat denique ſententiam hanc *d. l. 5. §. ff. de pact.* in qua pactio publica ea, ut dixi, definitur, qua quædam *Duces belli* inter ſe paciſcuntur: Neque, quod probè obſervandum, requiritur ibi ſpeciale de paciſcendo mandatum.

Ad prioris opinionis fundamenta reſponſio.

Ad primum ℟. Quod procurator cum libera poſſit cum domini ſui adverſario pacē facere ac tranſigere, etiam ſine ſpeciali & expreſſo domini mandatu, id modò argu-

argumentis, ſanè non contemnendis, demonſtratum fuit; Quibus non contrariatur allegata *l. 60. ff. de procur.* Eam enim de procuratore univerſorum bonorum ſine libera accipiendam reſpondi in tractat. meo de *Tranſact. cap. 2. Exerc. 1.* ubi de hac quæſtione, quæ ad præſens faciunt negotium, plura.

Ad ſecundum reſpondeo, propoſitionem majorem eſſe veram de mandatu generali ſine libera: Quod enim mandatum cum libera etiam ea continent, quæ aliâs requirunt ſpeciale & expreſſum mandatum, ſatis evincit, *l. 60 ff mandati.* In qua formulam ejusmodi mandati deſcribitur: Verba legis hæc ſunt: *Ego quidem ſecundum naturam eſſe exiſtimo, pro patre & patris filiis negotiari ſine aliqua conceſſionis inquiſitione: Si autem neceſſitas alicujus talis erit, concedo tibi de omnibus meis, ut vis, negociari, ſive vendere vis, ſive paciſci, ſive emere, ſive quodcunq; operari ut domino omnium meorum, me omnia firma eſſe à te facta exiſtimante & contrarium tibi dicente ad ullam operationem.*

Ad tertium R. Verum quidem eſt, quod ſolus is poſſit finem imponere bello, qui bellum poteſt indicere: Nempe Princeps vel Reſpub. ſed tollit ac finit bellum Princeps,

ceps, vel ipſe per ſe, vel per alium; utroque modo dicitur bellum finiiſſe ac ſuſtuliſſe. Quare cùm Dux belli cum hoſte paciſcitur, ipſe cenſetur Princeps vel ipſa Reſp. pepegiſſe; ut cujus mandatu pacem promiſit Dux belli. Juxta vulgatum illud, quod quis per alium facit, ipſe feciſſe cenſetur.

Ad quartum ℞. Argumentum propoſitum procedit à diſparibus. Non enim ut ſe actio habet ad tranſactionem; ita ſe bellum habet ad pacem ſeu pacificationem. 1. Quia belli finis eſt pax: ita enim Cicero: *ita bellum*, ait, *ſuſcipiatur, ut nihil aliud quàm pax quæſita videatur, lib. 1. de offic.* Et D. Auguſtinus. *Pacem habere debet voluntas, bellum neceſſitas: Non enim pax quæritur, ut bellum excitetur, ſed bellum geritur, ut pax adquiratur. c 3. cauſ. 23. q. 1.* Tranſactio verò non eſt actionis finis: Nec enim ad id agimus, ut tranſigamus. Quare ex *d. l. 7. C. de tranſact.* malè infertur, cui ſit belli adminiſtratio mandata, ei non cenſeri mandatam pacificandi poteſtatem, cum pax ſit, ut dixi finis belli: Quanquam rectè colligitur exinde, quòd cui actio ſit ſpecialiter atq; nominatim demandata, eidem non cenſeatur tranſactio demandata; quia hoc actionis non eſt finis, ſed

potius

potius ejus contrarium. 2. Quia pacificatione finem belli, atque id ipſum, quod bello quærebatur, reſtitutio nempe bonorum ablatorum, aſſequi & obtinere poſſumus: At tranſactione, id quod actione intendebamus, minimè: Totum enim quod deberi nobis credebamus, actione perſequebamur nobisque reſtitui intendebamus: At tranſactione totum id, quod petebatur, non obtinetur, *arg. l. 38. C. de tranſact.*

Ad quintum ℞. Bellum & pacem non eſſe contraria, nec immediatè oppoſita: Quia finis atque id, cujus eſt finis, contraria non ſunt: Pax autem eſt finis belli, ſequitur itaque bellum & pacem non eſſe contraria. Et cum pax ſit finis belli, conſequens eſt, ut, cui bellum eſt demandatum, eidem finis quoque & conſequenter omnia, quæ ad illum finem ſpectant, media ſint demandata.

Ad ſextum reſpondetur: Majorem negando, ſi generale mandatum quis habeat de libera adminiſtratione, hoc enim & ea continentur, quæ magni ſunt præjudicii, ut ſupra fuit oſtenſum.

Ad poſtremum reſpondetur non exemplis ſed legibus judicandum; Nec attendendum, quid Romæ fuerit factum; ſed

quid fieri oportuerit. Præterea nos de eo loquimur Duce, qui generale habet de belli adminiſtratione mandatum, & quidem mandatum cum libera.

QUÆSTIO III.

An princeps pacem faciendo cum hoſtibus, privatorum damna atque injurias ob cauſam belli acceptas remittere poſſit?

CUM ex jam dictis conſtet, non modò principem; ſed & Ducem belli, Reipublicæ nomine, cum hoſte paciſci ac pactionem inire poſſe; Quæritur nunc porro; Anne princeps vel Dux, damna, privatis bello illata, poſſit hoſti remittere? Et mihi videtur veriſſima illorum opinio, qui Affirmant, ſi 1. Aliter diſcordiæ tàm privatim quàm publicè ſedari nequeant, nec alia ratione pax haberi & ab hoſte impetrari poſſit. 2. Si bellum juſtis & neceſſariis ex cauſis fuerit geſtum; Non odio aut cupiditate, aut crudelitate. 3. Si damnum ſubditis illatum & hoſti remiſſum, vel contributione concivium, vel è Fiſco Reipublicæ reſarciatur. Ita Franc. Duaren. *in d.l. 5. ff. de pact.* Cuno *in tract. de pact. c 22. n. 21. & ſequent* Andr. Gail. *2. obſervat. 57. n. 1. & ſequent. & 2. de pace 19. n. 2*, Mynſing. *4. obſ. 9.* Vaſq. *1. Controv. 4.* Bodin. de

de Republ.*8.n.103* Frid.Pruckman.*in* §. *ſoluta poteſtas,pag.408* Clapmar.*4. de Arcan. Rerump.6.* Waremund.*ab Erenb.1.de fœderibus n.22 & Veriſim.8 n.9.*

Argumenta illorum hæc ſunt.

1. Pacis cauſa publicam concernit utilitatem *d.l 5.ff de pact. l.ſi quis ingenuam.* §. *In civilibus. ff. de Captiv. & Poſtlim. reverſ.* Atqui ob publicam utilitatem poteſt Princeps Dominium rei alicujus ſubdito auferre, ſi modò rei juſtum refundat precium, & ei, qui damnum eſt paſſus, illud concivium contributione vel è fiſco reſarciatur, §.*fin.I.de his qui ſui vel alicui jur.l.2.C.pro quib. cauſ. ſerv. pro præm.* Igitur propter utilitatem publicam poteſt princeps damnum, ab hoſte ſubditis illatum, pacificando hoſti remittere.

2. Cui accedit quod Adminiſtrator Reipublicæ poſſit jura civitatis remittere, propter magnam utilitatem Reipubl. vel civitatis Gloſſ.*in lib. Nulli ff. de tranſact.* Caccialup.*in tractat. de Tranſact. q. 7. n. 11.* Et princeps pro pace habenda poſſit ſubditorum res donare & alienare. Alexandr. Conſil.*94.n.18.lib.5.* Albert. Bruno *Conſil. 190.* Ancher.*in repetit. cap. peccatum. Columm. 39. v. ſed moveo unam quæſtionem de R. Iur. in ſext.*

3. Adde quod favor publicus debeat præferri utilitati privatæ, *C. Imperialem.in pr.de prohib feud.alien per Lotharium.l.ſi quis grave,§.utrum ff.de.SC;Syllan.l.utilitas,C.de primipil l.unic §.fin. C.de caduc. toll.* Et utilitatis publicæ gratiâ à regulis juris communis recedatur, multaque permittantur, quæ aliàs fieri prohibentur, *l. ita vulneratus.v.Multa.ff.ad L.Aquil.c. Abbat.§ fin. v. præſertim. de ſentent. & rejudic. in ſext. l. 1.§ 2.v.ſunt enim quædam.ff.de juſtic.& jure. l.fin.C.ſi contra jus.l.15.§ 2 ff.de R.Vindic.l.11. ff de evict.*

4. Poſtremò confirmat hoc illuſtre Thraſibuli exemplum, qui cum civitatem Athenienſium triginta tyrannorum ſævitiâ liberaſſet, plebiſcitum interpoſuit, ne qua præteritarum rerum mentio fieret. Quæ malorum oblivio ἀμνηςία ab ipſis vocitata, concuſſum & labentem civitatis ſtatum in priſtinum habitum revocavit, ut ſcribit Valer.Maxim.*tit.de animi moder.* Quod M.Tullius *Philip.1.in pr.* aliquando Romæ, publico ocio conſulere volens, ſequendum eſſe cenſuit.

Reſolutio contrariorum.

Huic ſententiæ, ut veriſſimæ; ita æquiſſimæ, non obſtat, 1. Quod iniquum ſit atque injurium, ut cum jactura quorundam

dam duntaxat civium, non etiam univerſorum, publicæ neceſſitati ſubveniatur: Cum ut utilitas univerſorum eſt; ita re quoque & opera univerſorum, non quorundam duntaxat civium, quæratur ac paretur. *arg. l. ſecundum de R.I.*

℟. Eſſet enim hoc iniquiſſimum & injurioſum, ſi damnum non reſarciretur contributione cæterorum concivium: At ſic demum pacificationem diximus remitti poſſe hoſti damnum, ſubditis illatum, ſi id ipſis reſarciatur; Quoniam nec boni publici cauſa princeps ſubditis aliter jus quæſitum auferre poteſt, quàm ſi damnum reſarciat, *l. 2. pro quib. cauſ ſervi, l. 13. ff. Comm. præd.*

Non refragatur, 2. Quod officium principis requirat, ne dilectionem proximi offendat, aut juſticiam violet; item quòd officium & poteſtas boni principis comparata eſſe debeat ad tutelam ſubditorum, & ad juſtitiam aſſerendam, non ut injuria damnumque ſubditis inferatur, *3. Reg. c. 10. C. fin. de Reſcript. in ſext. cap. faciat homo. 22. q. 2.*

℟. Nam hoc caſu noſtro nihil fit contra officium boni principis: *Tum* quia ejuſmodi pacificatione damnum, ſubditis illatum, reſarcitur: *Tum* etiam quia ad

 prin-

principis curam inprimis pertinet Salus Reipublicæ, cujus ſanè majorem debet rationem habere, quàm unius atque alterius civis, *l.2.§.ſi quis à principe, ff. Ne quid in loco publ.*

Non reſiſtit præterea quod duabus tantùm ex cauſis dominium rei tolli alicui poteſt ex delicto ſcilicet & conſenſu, *§.per traditionem.I.de R diviſ.l.quod noſtrum. 11. de R. Iur. tot tit. ff. de bon. damnat.* Item quod præceptum ac principium juris ſit ſuum cuique eſſe tribuendum, *§.juris præcepta.I de juſtic.& jure.*

Reſp. Etenim propter utilitatem publicam à regulis juris communis recedi, jam dictum eſt; Nec tamen per omnia violatur juſtitiæ & æquitatis regulæ, quia id, quod damni paſſus eſt civis, pro virili duntaxat ſua ſuſtinet, reſiduum verò, cõcivium contributione reſarcitur: Hactenus verò damnum. Reipubl. gratia eum ſentire, non eſt iniquum: Cum enim pacificatio Reipubl. ipſi non minus atque cæteris proſit civibus, æquitati convenit, ipſum quoq; pro virili, ſentire damnum; *l ſecundum naturam.ff.de R. Iur.*

Non reſiſtit denique quod filius pro patre non teneatur, *tot. tit. C. Ne filius pro patre*: Multo minus ergo civis pro concive

ve teneri debeat, cum arctior ſit neceſſitudo & conjunctio inter patrem & filium, quàm inter concives. Item quod cum ex contractu, cum civitate inito, cives ſigillatim non obligentur in ſolidum, ſed pro virili: Multò minus igitur ſolus damnum illatum, pro republ. ſuſtinere debeat.

Reſp. Hoc, inquam, non obſtat: Ex prædictis ſiquidem conſtat, eum, cui damnum erat ab hoſte datum, ultra virilem pactionem damnum non ſuſtinere, ſed cæteros concives ſingulos, pro virili, illud ſufferre.

QUÆSTIO IV.

An cum infidelibus fœdus iniri poſſit?

CUM de conventionibus publicis tractare cœperimus; videamus etiam, An cum principe infideli fœdus fieri queat? pacem quidem cum infidelibus fieri & factam ſervari, nulla prohibet religio; Cum omnibus pacem habete, ait Apoſtolus *1. ad Roman. 12.* Sed de fœdere eſt quæſtio? Non una, autem eſt de hac controverſia opinio.

Non enim deſunt qui abſolutè negant, fœdus cum infidelibus habere licere, excepto ſummæ & extremæ neceſſitatis ca-

ſu;ita Georg.Schönborn. *lib. 4 politic.c.36.* Petr.Martyr.*loc.comm.Claſſ.* 4.*c.16.n.23* Alberic.Gentil. *de jure belli,lib.* 3.*c.19.*

Argumenta & fundamenta huius opinionis hæc ſunt:

1. Qui ſeſe conjungit cum Chriſtianæ religionis inimico, is quoque & ipſe talis putatur: Nempe perverſus cum perverſo, *c.quisquis.23.q.*4. ubi Divus Auguſtinus, *quomodo*, inquit, *incorruptus poteris permanere, qui corruptis ſociaris*? Et ſanè Aconiti ea natura eſt, ut etiam contactus necet; Ita quorundam convictus & converſatio protenus inficit, aut ſi vel tantillum, cum illis inceptes commercii, Plin. *libr. 29. c.2. Serpunt vitia & in proximum quemq; tranſiliunt, & contactu nocent*, ait Seneca *de tranquil. c. 7.*

2. Illicitum erat Hæbreis cum Ægyptiis cibum capere, *Gen.43.* Nefas itaque erit quicquam conſilii iis concredere, aut viis eorum incedere, *Pſalm.1.*

3. Judæis nullum fuit unquam cum Samaritanis commercium. *Iohan.4.* & abominabile illis accedere ad alienigenas, *Actor.10.*

4. Accedit his, quòd in ipſo rerum humanarum principio, Deus hanc legem ſanxit

ſanxit hominum generi, ut inimicitiæ perpetuæ illi intercederent cum fece infernali, quæ callidi Serpentis ſibilum libenter audit & melleum venenum avidiſſimè haurit.

5. Quin & à Deo fœdera cum infidelibus disertè fuerunt fidelibus interdicta: Cave ne unquam cum habitatoribus terræ iſtius jungas amicitias, *Exod.* 34. Non inibis cum eis fœdus, *Deuter.* 7. Me quærite, & vivetis, nolite in Berſabe tranſire. *Amos c.* 5. In viis gentiũ non incedite, *Matth.* 10 *Ex.* 32. *in fine* Væ illis, qui hoc fecerint, *Eſai* 31. Quam ſeveriſſimam prohibitionem cum Iſraelitæ violent, facti ſunt philiſtini fovea in quam ceciderunt, laqueus, quo implicati ſunt, feſtuca & offenſio, quo oculi illorum corrupti ſunt, privati uſurâ ſuæ terræ.

6. In ipſo fœdere in eos, cum quibus initur ſocietas, eſt quædam amoris & voluntatis communicatio: At nulla poteſt cum filiis Belial eſſe communicatio: Nullus amor in eos, qui ipſius Chriſti & membrorum ejus jurati ſunt hoſtes. Quin potius, exemplo Davidis, hoſtes Dei, ut hoſtes noſtros, averſari & odio proſequi debemus: Nonne qui oderant te, oderam? Et ſuper inimicos tuos tabeſcebam. *Pſal.* 118.

 7. Pro-

7. Profitemur in baptiſmo, nos pugiles & palæſtritas ſtrenuos futuros adverſus eos, qui Chriſtum, vel ejus membra, aut apertè petunt, aut inſidiarum cuniculis occultè tentant, Tertul. *de cor. mil.* Ergo fœdifragi ſumus & perjuri, ſi aliter facimus.

8. Apoſtolus Paulus apertè prohibet jugum ducere cum infidelibus, 2 *Cor.6.*

9. Poſtremò tragici quoque exitus illorum, qui cum infidelibus ſocietatem atque fœdera fecerunt, ſatis edocent, ea Deo improbari: Palæologi, contra Dei vocem exiſtimantes participationem eſſe poſſe juſtitiæ cum iniquitate, ſocietatem lucis cum tenebris, ita abierunt in pulverem, ut eorum Imperium ceſſerit prædæ Turcis; Conſtantinopolis, quâ nihil habuit orbis poſt Romam majus, quæ fuit palæologorum, horum ſcelere Chriſto periit. Franciſcus, Galliarum rex potentiſſimus, moriens exclamavit; perii, heu perii, quod volui eſſe fœderatus ei, qui hoſtis eſt Chriſtiani nominis! Sleid. *lib.15.p.332.* Cardinali ſuggerenti conſolationem è ſacris literis, omnis, inquit, mihi miſericordia clauſa eſt; qui, ut æmuli mei vel gloriam infuſcarem, vel vindicarem injuriam, fœdus pepegi cum Turca,

& Chri-

& Chriſtianorum capita, tanquam armenta, ad Mahometanam ſervitutem vivus videnſque paſſus ſum abigi. Joſaphato malè cecidit, quando in prælio contra Remoth Gilead ineundo cum rege Iſrael ſeſe conjunxit: Nec eidem feliciter ſucceſſit, quando naves unà cum Rege Iſrael in Tharſis miſit: Nam, tempeſtate ſubortâ, in Aſihon Gaber naufragium paſſus eſt & Claſſem amiſit. Denique Maccabæi cum Romanis & Lacedæmoniis fœdera percuſſerunt, verum id, quàm illis perniciofum fuerit, eorum hiſtoria teſtatur.

10. Deus Prophetæ ſui voce Joſaphatum coarguit, quod ſeſe cum impio rege conjunxerit poſter. paralip.

11. In exercitibus hujuſcemodi, ex impiis videlicet ac piis conflatis, religio ſyncera & idololatria miſcetur; quò facile uſu venit, quæ noſtræ naturæ infirmitas eſt, ut impuri ſanctos inficiant, & non raro fit, ut filiis Dei aliquid impietatis africetur.

12. Quando cum hoſte congrediendum, Deus invocandus eſt, & cum parta fuerit victoria, gratias Deo agere oportet: In iis autem conficiendis nulla poterit cum infidelibus invocatio, nulla gratiarum actio eſſe: Nam verus Deus cum Be-

liale commiſcebitur, cum ſacris legitimis idololatria, & vera pietas cum ſuperſtitione.

Refutatio huius opinionis.

Verùm tametſi fœdera cum infidelibus ſint periculoſa, multa etiam ſecum trahant incommoda, propter quæ, fœdera talia non iniri, longè videntur conſultius; Ea tamen iniri poſſe nullus dubitò: idque paulò pòſt pluribus demonſtrabo: Ad argumenta verò, pro Negativa modò abducta, reſpondere non puto admodum eſſe difficile.

Ad primum enim reſpondendum puto: Illud ſolum oſtendere, periculoſum eſſe hujuſmodi fœdus, propter ſeductionem & occaſionem mutandæ religionis: Non autem probare quod nullo modo cum infidelibus fœdus iniri poſſit. Deinde diſtinguendum exiſtimo inter pactum & fœdus religionem concernens, & inter fœdus de re politica initum, quale eſt hoc, de quo nunc quæritur: Ut prius quidem ſit illicitum: poſterius verò licitum, quatenus non fit in fraudem fidei, ac veræ religionis.

Ad ſecundum Reſpon. Ægyptiis cum Hebræis illicitum fuiſſe cibum capere, non interdicto quodam divino; ſed pa-

trio

trio quodam ac more inſtituto, quod utique Chriſtianos ac fideles univerſos non ligat. Quin etiam ſtatutum non erat Hebræorum, ſed Ægyptiorum: Hebræi nulla lege prohibebantur cum Ægyptiis vel converſari vel cibum capere. Ut taceam quod Apoſtolus Paulus expreſsè teſtetur, *1. ad Corinth. 5.* Externam & civilem converſationem cum infidelibus non eſſe prohibitam; ſed licere cum illis cibum capere & contractus exercere, modò ita converſentur fideles, ne ex infidelibus fiant deteriores, ſed illi potius è Chriſtianis evadant meliores; quemadmodum Joſeph in Ægypto, Daniel in Chaldæa, & Chriſtus cum Phariſæis, cibum capiens, exemplo nobis ſunt. Quod autem ſubjicitur; *nefas eſſe, quicquam conſilii cum infidelibus communicare, aut viis eorum incedere.* Id niſi de cauſa religionis ac fidei, deq; conſiliis in religionis præjudicium vergentibus accipiatur, verum non puto: Equidem cum infidelibus conſilia in rebus & cauſis politicis communicare, jus divinum nullibi prohibet: Veſtigiis verò impiorum inſiſtere non debemus, *Pſalm. 1.* hactenus ſolùm ut impietatem ipſorum ac infidelitatem probemus, ſequamur & amplectamur; Nam & Apoſtolus Paulus

in *1. ad Corinth. 5.* Clarè teſtatur Chriſtianis ac fidelibus converſatione politica minimè interdictum eſſe cum illis; qui à fidei Chriſtianæ profeſſione ſunt alieni, ut & ſupra dixi.

Ad tertium Reſp. Judæos à Samaritanorum converſatione abhorruiſſe, non quod divina lege cum ipſis politicè converſari prohibiti fuerint; ſed quia Samaritanos, inveterato ac immortali quodam odio fuerint proſecuti: Alioquin quod cum Samaritanis licita fuerit civilis converſatio, ſuo exemplo docuit Chriſtus, cum muliere Samaritana, adhuc infideli, familiariter colloquens & ab ea hauſtum aquæ petens.

Ad quartum, ſextum, ſeptimum & octavum Reſp. Cum infidelibus nullam debere Chriſtianis eſſe Religionis, cultus & ſtudiorum atque operum, cum Evangelii converſatione pugnantium, communionem: In rebus tamen externis & politicis converſationem cum incredulis nequaquam eſſe illicitam: Quin potius ad eam fideles adhortatur Apoſtolus *1. Corinth. 10. v. 27. Si quis vocat infidelium, quicquid apponitur vobis, edite, nihil interrogantes propter conſcientiam.* Sic tamen cum infidelibus converſandum, ut fide & moribus

bus eos non ſequamur, nec impietatis jugum, vel in doctrina, vel in moribus cum ipſis ducamus; ſed potius, exemplo Chriſti, occaſionem captemus piâ noſtra converſatione ipſos convertendi.

Ad quintum Reſp. Divinam iſtam, de non ineundis cum infidelibus fœderibus legem, non fuiſſem ortalem, nec naturalem nec univerſalem; ſed politicam ſolùm, & ad populum duntaxat Iſraeliticum reſtrictum. Deinde nec ad infideles univerſos legem iſtam ſpectaſſe; ſed ad Cananæos ſaltem, atque ad eos populos, quos Deus exitio deſtinarat, & de facie terræ delere decreverat: Idque ſatis evincunt exempla piorum ac ſanctorum Regum, qui ſub V. Teſtamento, quo tempore lex iſta adhuc vigebat, cum infidelibus fœdera percuſſerunt, de quibus paulò infra.

Ad nonum Reſp. Ex eventu non ſemper de facto judicandum: Committitur itaque fallacia accidentis & ſecundum non cauſam, ut cauſam: *Tum* quia & fœdera, cum piis ac fidelibus inita, malum ſæpe ſortiuntur eventum: *Tum* etiam quia eventus iſte malus & inſperatus, in priori quidem exemplo, per fidei potius ſociorum & confœderatorum, quam ipſi

fœderi

fœderi, ſeu confœderatorum in fide diſparitati adſcribi debet.

Quod verò ad Franciſci Galliarum regis exemplum, id non ad rem quadrat. 1. *Quia* verba iſta, quibus in agone fœdus cum Turca initum deploraſſe refertur, non ſunt verba, ut Schönborn exiſtimat, factum extremè dolentis, ſed deſperantis; ſiquidem ipſo Schonbornio referente, ad Cardinalis conſolationem reſpondit: *Omnem ſibi miſericordiam eſſe clauſam*. 2. *Quia* Fr Rex Galliæ bellum ſuſceperat adverſus Carolum V. Imperatorem, non defenſionis; ſed ultionis cauſa: 3 *Quia* bellum moverat fœdusq; inierat cum Turca contra regem fidelem ac Chriſtianum, id quod, ut ex verbis modò recitatis relucet, inprimis doluit ac deploravit Rex Franciſcus.

Ad decimum reſp. Joſaphatum, à Deo quidem graviſſimè per Prophetam eſſe reprehenſum, quòd ſocia arma junxerit cum impio rege Achab. *d. c. 19. Paralip. 2.* ſed reprehenſionis cauſam præcipuam fuiſſe, hanc quòd bellum iſtud adverſus Aſſyrios ſuſceptum fuerit, non neceſſarium, injuſtum & non defenſivum; ſed offenſivum.

Ad undecimum jam ſæpe reſponſum eſt

per

per diſtinctionem, ut fœdus cum infidelibus poſſit, quidem iniri; ſed ſalva tamen vera religione ac fidei Chriſtianæ profeſſione: Deinde cautè converſandum cum infidelibus, ne ex converſatione illorum evadamus deteriores; ſed ipſi potius fiant è nobis meliores. Denique, ſi quid argumentum propoſitum concluderet, evinceret quoque cum infidelibus planè non eſſe converſandum, nec illis cohabitandum; Id quod expreſsè adverſatur ſententiæ Pauli *in 1. ad Corinth. c.7.v.12. & ſeq. & c.10.v.27.*

Ad poſtremum reſpondetur: Etiamſi diverſæ religionis milites conjunctas ad Deum fundere preces nequeant; fideles tamen interim non impediri, & ante prælium, invocare Deum, & eidem, poſt conceſſum divinitus victoriam gratias agere. Deinde probare hoc argumentum ſolùm, quòd fœdus hujuſmodi, cum infidelibus, ſit cum incommodis quibuſdam conjunctum; Non verò demonſtrare, quòd Chriſtianis planè ſit illicitum.

Rejectâ igitur Negantium ſententiâ: Alii fœdera omninò cum infidelibus licita eſſe rectè ſtatuunt.

Quorum hæc ſunt fundamenta?

1. Defenſionem legitimam cuique à

natura,

natura, eſſe permiſſam conſtat ex *l. 45. ff. ad L. Aquil. l. 3. ff. de juſtic. & jure.* Neque intereſt, qua quis ratione ſe defendat, per ſe, an per alium, unde & JCtus ait ignoſcendum eſſe ei, qui ſanguinem ſuum qualiter, qualiter redemptum voluerit, *l. 1 ff. de bonis eor. qui ante ſentent.* Et qui aggreſſorem ad ſe venientem gladio repulerit in nullo peccaſſe videtur, ait Imperator, *in l. 3. C ad L. Cornel. de ſicar.*

Reſpondent equidem diſtinguendo inter defenſionem & media defenſionis; ſic ut ipſa quidem neceſſaria defenſio, ſit jure naturæ ac gentium conceſſa ac licita: medium verò hoc defenſionis ſit licitum: Addunt præterea etſi jura promittant defenſionem corporis ac bonorum; non tamen permittere quamlibet ac quomodolibet defenſionem Alber. Gentil *d. c. 19.*

Veruntamen argumentum, ut & textus adducti de modo defenſionis loquũtur: Et quod præſupponunt fœdus cum infidelibus eſſe medium defenſionis illicitum, in eo manifeſtè petunt principiũ.

2. Deinde cum Deus ipſe, in ulciſcendis Judæorum peccatis, miniſterio gentium uſus fuerit. *cap. Remittuntur. §. hinc notandum, 23. q. 5.* D. Apoſtolus Paulus auxili-

auxilium centurionis imploravit, *Act.* 23. Cur igitur nobis Chriſtianis, exemplo Dei & Apoſtoli, non liceret auxilium infidelium implorare ab illiſque ſuppetias petere?

Quod argumentum fateor equidem exigui eſſe roboris; & hîc ad propoſitum parum facere, quia Deus non jure fœderis; ſed jure abſolutæ poteſtatis gentibus infidelibus eſt uſus; Et Apoſtolus Paulus *d. c.* 23. non fœdus cum infidelibus iniit; ſed à magiſtratu legitimo defenſionem petiit.

3. Hoc ſanè fortius probat ſententiam noſtram, quod quilibet infideli & Ethnico, ſalvâ conſcientiâ, militare poſſit contra infidelem, ſi juſta ſubſit belli cauſa: Si enim D. Ambroſius: *Iulianus,* ait, *Imperator, quamvis eſſet Apoſtata, habuit tamen ſub ſe Chriſtianos milites, quibus cum dicebat, producite aciem pro defenſione Reipublicæ, obedìebant ei: Cum autem dicebat, producite arma in Chriſtianos, tunc cognoſcebant Imperatorem cœli. cap.* 94. *Cauſ.* 11. *q.* 3. Cur itaque cùm fidelis poſſit ſocia arma conjungere cum infideli, contra alium infidelem, non poſſet viciſſim auxilium infidelis contra infidelem implorare.

Cona-

Conatur quidem Alberic. Gèntil. adductum, ex Ambroſio, locum reſtringere ad milites Chriſtianos, principi ſuo, cujus juriſdictioni & imperio ſubſunt, militantes reſtringere; ſed divinatoriè & abſque ullo probabili fundamento.

4. Confirmant denique hanc opinionem noſtram infinita propè ſanctorum exempla, qui ope infidelium uſi ſunt adverſus infideles ac cùm infidelibus fœdera percuſſerunt. Sic enim Abraham fœdus iniit cum infidelibus regibus Eſchol & Aner contra reges infideles, *Gen. 14. v. 13.* Idem Abraham cũ Abimelecho, *Gen. 22* Joſue cum Gabeonitis, *Ioſue 9.* David cum Rege Philiſtæorum, *1. Sam. 27.* Salomon cum Pharaone, *3. Reg. 3.* Judas Maccabæus cum Romanis, 1. *Maccab. 8.* Simon Sacerdos cùm Spartanis & Romanis, 1. *Maccab. 14* Quæ exempla ſanctorum Patriarcharum & Regum ſatis docere videntur; Fœdera legitima cum infidelibus percuſſa, Deo minimè diſplicere. Et quanquam quædam ex hiſce exitum parum felicem fuerint ſortita; exinde tamen, ut & ſupra dictum, colligi non poteſt, eadem Deo diſplicuiſſe,

aut

aut illicita fuiſſe. Siquidem & juſtiſſima cauſa interdum ſuccumbit, juſto ac inſcrutabili DEI judicio: Et fœdera quoque fidelium calamitoſum quandoque ſortiuntur exitum. Accedit quòd hujuſmodi fœdera à DEO nullibi legantur improbata vel taxata. Ex hiſce itaque fundamentis concludendum videtur: Cum infidelibus quoque fœdus eſſe licitum: Quod Ego tamen, ſalvo aliorum judicio his conditionibus verum eſſe puto. 1. Si bellum contra infidelem ſit ſuſceptum: Nam contra fidelem infidelis auxilio & ope uti minimè licitum eſſe exiſtimo: Si enim Paulus nos potius vult damnum & injurias pati, quàm ut tribunalia infidelium adeamus, ubi cum fratribus litigemus; quantò minus licebit præſidio impiorum uti, quo ab aliis Chriſtianis, qui nos injuſtè premunt, eripiamur? Atque huc pertinet exemplum Aſiæ, Regis Juda, qui cùm miſiſſet aurum & argentum ad Benadat, Regem Syriæ, ut bellum contra Regem Iſrael moveret, atque ſecum fœdus iniret, 1 *Reg. cap. 15. verſ.* 18. graviter fuit ob id à Deo repreheuſus, 2 *Paralip. c. 16. v. 7.* Quanquam reprehenſionis & hæc

& hæc fuerit cauſa, quod Aſiam, regem Syriæ, muneribus ad perfidiam & ad fœdus, quod ipſi cum rege Iſraelis erat; violandum provocarit atque redemerit: Deinde quod Aſia templũ Domini ſpoliarit, & theſauros ſuos exhauſerit ad emendum auxilium impii regis: Cùm ſatis ſuperque viriũ habuiſſet ad reprimẽdum Baaham, ſi in Deo ſpe poſitâ ſuâ, arma viriliter expediviſſet. Andr. Oſiand. *ad d.c. 16 2.* Deinde ſic fœdus licitè cum infidelibus iniri exiſtimo, ſi ſalva religione ac fide id fiat, nec eo quicquam Chriſtianæ fidei præjudicetur aut detrahatur, nec periculum aliquod eidem creetur.

Quæstio V.

An fides hoſti data fœdusq; cum eo initum ſervari debeat?

FIdem hoſti datam & fœdus cum eo initum non eſſe neceſſariò ſervandum, contendit poſt Bartolum *in d.l.5. ff. de pact,* Nicolaus Machiavellus *c. 18. de principe.*

1. Quia pacta vi atque metu extorta ſervari non debeant, *l 7. §. ait prætor 7. ff. de pact. tot. tit ff. & Cod quod met. cauſ.* Jam verò pacta quæ princeps, aut Duces, nomine principis, vel Reipublicæ, ineunt, ut plurimum ſunt tempori accommodata

& vi

& vi atque metu extorta: Igitur ſervari non debent.

2. Quia hiſtoricorum monumenta ſatis teſtantur perſæpe principes pacta, quæ cum hoſte inierunt, non ſervaſſe, fœdera violaſſe & contra promiſſa & conventa veniſſe: idque & hodiernus uſus adhuc teſtetur. Quin imo prudentem & acutum principem (*ait Machiavellus*) fidem hoſti datam & ab ipſo metu, vel vi extortam temporiq; accommodatam, nec poſſe, nec debere ſervare, ſi tale pactum vel fœdus obfuturum ei ſit, atque occaſiones & neceſſitates, quæ iſtud extorſerunt, præterierint.

3. His accedere videtur Pontifex *in c. 2. Cauſ. 23. q. 2. Cum juſtum* inquiens *bellum, quis ſuſceperit utrum aperta pugna; an inſidiis vincat, nihil ad juſtitiam intereſt.*

4. Atque Ulpianus *in l. 1. §. Non fuit. ff. de dolo malo, bonum eſſe dolum*, ait, *ſi quis adverſus hoſtem latronemvé machinetur.*

Verum enim verò contraria opinio, quam & plærique omnes ſectantur longè eſt verior ac principis perſonâ dignior, in qua, ut Jaſon ſcribit *in l. 1. de pact.* nihil quicquam divinius eſt, quàm promiſſorum conventionumque conſtantia: A'deò, ut fides rerum promiſſarum, etiamſi

toto

toto mundo exulet, apud principem tamen conſiſtere oporteat. Gregor. Tholozan. *lib. 8. de Republ. 8. ſect. 10.* Unde & Rex Alphonſus frequenter dicere conſuevit: Tantùm valere ad fidem debere principum verbum ſimplex, quantum privatorum hominum jusjurandum: Turpiſſimum enim eſſe fidem fallere; In regibus verò longè turpius Panormit. *lib. 1. de Reb. geſt. Alfonſi.* pro hac verò opinione faciunt hæc argumenta.

1. Ei pacta ſervari debent, cum quo jurisgentium eſt communio: ſiquidem ex jure gentium eſt, ut pacta ſerventur, *l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de conſtit. pecun.* Cum hoſte verò juris Naturalis ac gentium eſt communio. *l. fin ff. de legat.*

2. Si fidem hoſti dare fas eſt, tum eam datam violare nefas eſt: At fidem hoſti dare fas eſt. *l. fin. ff de pact.* Sequitur itaque quod eam, ſi data fuerit, violare nefas ſit.

3. Regula generalis eſt quod naturali æquitati nihil magis ſit conſentaneum, quàm ea, quæ placuerunt, ſervare *d. L. 1. de pact. & l. 1. de conſt. pec.* Atqui hanc regulam ad principem quoque ſpectare, exinde liquet, quod & ipſe jure naturali teneatur, nec magis eo ſolutus ſit quam quivis alius: Cum hoc jure omnes videantur homines eſſe æquales, *l. 32. ff. de R. I.* At-

4. Atq; hoſti etiam fidem ſervari debere, ſuo exemplo docuit Joſua dux Iſraëlitarum fortiſſimus. Hic enim cùm à Gabeonitis fraude circumventus fœdus feciſſet, quamvis non deeſſent, qui contenderent fœdus initum ſervandum non eſſe, noluit tamen dux religioſiſſimus à fide ſemel data & fœdere inito ad latum unguem recedere: *Ne*, inquiens, *Dei omnipotentis, quem fœderis teſtem appellavimus, iracundiam ciere videamur*, Joſue 9.

5. Quàm graviter Deus fœdifragis iraſcatur, clariſſimè oſtendit exemplum Regis Sedeciæ, qui cum pactum ac fœdus cum Nabuchodonoſore initum violaſſet, non ſolùm ob id à Deo per Prophetam graviter reprehenſus, ſed etiam captivitate Babylonica punitus fuit, *Ezech.* 17. *v.* 19.

Non obſtant contraria prioris opinionis fundamenta.

Quod enim *ad primum* Reſp. Edictum prætoris, de pactis vi metûve exortis, non ſervandis, ſpectare ſolùm ad vim ac metum injuſtè illatum, *arg. l. ſi mulier. pr. ff. quod met. cauſ.* Vis autem & metus, qui hoſti infertur ab hoſte legitimo, juſtè ac jure gentium infertur, *arg. l. ex hoc jure. ff. de*

juſtic. & jure. Nec ad rem pertinet, quod pactū à latrone vi aut metu extortum, nō ſit ſervandum Reſp. Vim enim à latrone illatam concedimus eſſe injuſtam & legibus, tam naturalibus, quàm gentium interdictam: At illam, quàm hoſtis legitimus infert, non item. Ut nunc taceam, quod pactio ea, quę cum hoſte initur, non intelligatur vi extorta; Cùm viro forti, qualis quiſque eſſe præſumitur & haberi etiam vult, vis nulla adhiberi queat, Cicerone teſte *lib.* 1. *de offic.*

Ad ſecundum reſp. 1. Exemplis non eſſe judicandum, ſed legibus: Neque videndum, quid Romæ fiat, ſed quid fieri oporteat. Deinde in contrarium extare quoq; exempla perquam illuſtria illorum belli Ducum, qui magna conſtantiâ fidem hoſti datam ſervarunt. Sic in ſacris notabile eſt exemplum Joſuæ, quod ſupra adduximus ex *c. 9. Ioſue.* In hiſtoria Romana plurima occurrunt hujus rei exempla; è quibus præ cæteris memorabile eſt illud M. Attilii Reguli, qui ſuo etiam cum interitu fidem hoſti ſervandam duxit. Nec minorem laudem meritus eſt Sextus Pompejus: Hic enim adverſus Octavium & Marcum Antonium, qui Romanas Aquilas & faſces inter ſe partiti erant, inteſtinum & civil

civile bellum cùm geſſiſſet, eosq; in amicitiam receptos ad cœnā vocaſſet in prætoria navi, illi pompeji pacto tantùm fidei habuerũt, ut navim, cibum ſumpturi ſubierint. Ibi cùm Menas pompejum admonuiſſet, poſſe illum nunc, ſi velit, Romani Imperii Dominum evadere, competitoribus ſuis, quorum vitam in manu haberet, contrucidatis; Tum Pompejus avitæ fidei memor: facere, inquit, Mena oportebat, me non præmonito. Nunc præſentibus rebus acquieſcamus; Neque enim meum pejerare, fidemq; meam Imperio poſtponere. Et ſane Romani, qui, ut Gellius *lib.* 20. *c.* 1. ſcribit, omnibus quidem virtutum generibus colendis exercendisque, ſed omnium maximè atque præcipuè fidem colendo, tàm publicè, quam privatim ad tantam amplitudinem pervenerunt, tanti fidem olim fecerunt, ut propè Jovis ſimulacrum Fidei imaginem in capitolio religiosè collocarint, ſanctè coluerint ac cuſtodierint: Cujus expemlum ad omne ævum memorabile idem refert *Gellius lib.* 7. *c.* 18. Hãc eandem Romanorum fidem cùm alii; tum verò inprimis Carthaginenſes experti ſunt; Illi enim amiſſa naviũ Claſſi propè Siciliam inſulam omnium fertiliſſimam, de pace

C 2 cum

cum Romanis ineunda conſultabant. Hamilcar cum negaret ſe iturum eſſe ad Conſules Romanos, timens ne idem accideret ſibi à populo Romano, quod Pœni fecerant Cornelio Aſinæ, Conſuli Romano (qui contra jus gentium Catenis vinctus eſt) Hanno fidem Romanorum cõſiderans profectus eſt in urbem, ut pacem impetraret, qui dum liberius rationes legationis ſuæ expoſuiſſet, à Tribuno audivit, illi poſſe accidere, quod accidiſſet Cornelio Conſuli. Verùm cum uterq; Conſul tribunum compeſcuiſſet, reſponderunt, iſto metu, Hanno te fides noſtræ civitatis liberat. Quin etiam extant exempla illorum, qui ob fidem hoſti violatam graviſſimas Deo pœnas dederunt. Sic enim Ladislaus Poloniæ & Ungariæ Rex pactus cum Sultano Turcarum Imperatore inducias, cum ex conſilio & juſſu Papæ Eugenii Quarti, internuncio Cardinale S. Juliani eas inducias violaret, indeque Sultanus rei indignitate commotus in ipſo diſcrimine prælii has voces clariſſimè ad Chriſtum emitteret: *Chriſte, Si Deus es, ut Chriſtiani tui de te perhibent, vindica perfidiam tuorum, qui contra pacta bello me invadunt*: ſubitò fortuna affulſit Sultano, ut non modò exercitum Chriſtianorum

norum proſtârrit, ſed ipſum etiam Regem. Conſimile exemplum præbuit quoque Hunniades Ungarorum Rex, qui & ipſe fœdus, quod cum Turcarum rege pactus erat violans, miſerrimè periit. Pari modo Sedecias rex Iſraëlitarum à Deo fuit graviter punitus, quòd Nabuchodonoſori fidem datam non ſervarit, ſed fœdus cum ipſo initum ruperit: Ut proinde ſi omninò exemplis hîc judicandum, evinceretur potius fidem datam hoſti ſanctè & religiosè ſervandam.

Sic quoque *Tertium* & *Quartum* argumentum non obſtat: Nam diſtinguendum eſt inter dolum ſimplicem ac perfidiam: Dolus adverſus hoſtem utique permiſſus eſt, cum fides data nō eſt: At quando fides data eſt, amplius contra datam fidem fallere hoſtem licitum non eſt: In ſumma dolus adverſus hoſtem omni jure permiſſus: At perfidia nullo non jure improbata.

QUÆSTIO QUINTA.

An pacta legitima ſint nuda, an verò ſint contractus: & utrum pacta legitima & contractus ſint convertibilia: Sic ut omne legitimum pactum ſit contractus, & viciſſim omnis contractus ſit pactum legitimum?

 Quod

QUod pacta alia ſint nuda, alia non nuda, quæ contractus dicātur mox in ſequenti diviſione demonſtrabitur: Verùm an pacta legitima ſint veſtita ſive contractus, & utrum omnis contractus ſit pactum legitimum? Quæſtionis eſt. Etenim Antonius Faber *in Rationalibus ad l. 5. de pact.* & Hieronymus Treutl. *in diſput. de pact. Theſ. 1. & in diſput. de donat. theſ. 1.* Affirmativam tenent, ac ſtatuunt, omne pactum legitimum eſſe contractum, & contrà omnem contractum eſſe pactum legitimum.

Fundamenta illorum hæc ſunt.

1. Pacta nuda non pariunt actiones *l. 7. §. quinimo ff. de pact. l. 45. eod. l.* 10. *C. de pact.* Atqui pacta legitima pariunt actionem *l. legitima 6. ff. de pact.* Ergo pacta legitima non ſunt nuda.

2. Contractus ſunt pacta, quæ habent vel proprium nomen, vel negocium. Atqui pacta legitima quoq; habent certum & legitimum nomen, ut pactum donationis, pactum conſtituti & pactum hypothecæ: proinde pacta legitima non ſunt dicenda nuda.

3. Ea pacta non poſſunt dici nuda, quæ actionem pariunt; cum pacta ex eo

dicantur

dicantur nuda, quòd vi & efficacia ad agendum deſtituuntur *l.* 10. *C. de pact.* Atqui pacta legitima non deſtituuntur vi & efficacia ad agendum *d.l.6 ff. de pact.* Igitur pacta legitima non ſunt nuda.

4. Ex quo naſcitur civilis obligatio, illud eſt vel contractus vel maleficium, tertium enim non datur §. 1. *I. de obligat. l.* 1. *ff. de obligat. & Act.* At verò obligationes & actiones, quæ ex pactis legitimis naſcuntur, non poſſunt dici ex maleficio profectæ. Ergo ſunt ex cõtractu, ac, quod huic conſequens eſt, pacta legitima ſunt contractus.

5. Pactum legitimum eſt conventio quæ ad actionem producendam jure civili prodita & cognita eſt *d.l. 6. de pact.*

Atqui contractus quoque eſt conventio, ſive pactum ad producendam actionem efficax & idoneum jure civili. Ergo contractus eſt pactum legitimum.

Contrariam opinionem, quæ & verior eſt, amplectuntur Henric. Bocer. *ad l.* 23. *c.* 1 *n.* 7. *de R. Iur.* Gödd. *de contrah. ſtipul. c.* 1. *n.* 59. Cujac. 11. *obſerv.* 17. *& ad l.* 1. *& l.* 6. *ff. de pact.* Borcholt. *de pact. c.* 2. *diviſ.* 4. *n.* 5. *&* 6. Donellus *ad l.* 10. *n.* 9. *C. de pact. & innumeri alii* qui unanimiter ſtatuunt, pacta legitima eſſe nuda; adeoque nec pactum

legitimum eſſe contractum, nec contractum omnem pactum eſſe legitimum.

Rationes ac fundamenta huius opinionis.

1. Quæcunque conventio non habet nomen proprium, certum ac legitimum, nec cauſam continet ſeu negocium, illa eſt nuda, non veſtita, nec contractus, quoniam hæc duo vel conjunctim, vel ſingula illorum, ſeorſim faciunt contractum *l.* 7.*pr.*§.1.§ 2.*ff.de pact.* Atqui pacta, quæ dicuntur legitima, nec habent cauſam, ſeu negocium, nec nomen proprium; Igitur ſunt nuda.

Aſſumptio hujus argumenti probatur, & quidem primò, quod pactum legitimum non habeat cauſam, vel negotium, ſive ſynallagma, inde conſtat, quia negotium ſeu cauſa dicitur, cum dedi tibi ut aliquid faceres, cum dedi ut dares, cum feci ut faceres, & cum feci ut dares, *l.*7.§.2. *ff.de pact.l.*5.*ff.de præſcr.verb.*& *l.*15.*eod.* Atqui pacta legitima nihil horum continent, ut paulò infra demonſtrabitur, ſed ſolo conſenſu perficiuntur: Deinde, nec certo ac legitimo nomine deſignentur: Nam etſi pacta quædã legitima habeant nomina, ut conſtitutum, donatio, hypotheca:

theca: Hæc tamen nomina vel jurisgentium ſunt, vel juris prætorii, non juris civilis: At contractus illos demum nominatos dicimus, qui nomina habent vel à jure civili inventa, vel ab eodem approbata, *l. 3. de præſcr. verb.* Comprobata ea ſunt, quæ à juregentium invēta à legibus Romanis approbata ſunt, licet non omnia nomina contractibus, à juregent. impoſita, à jure civili fuerint approbata, ut arguit permutatio, trāſactio, &c. quos contractus innominatos eſſe conſtat.

2. Quatuor duntaxat ſunt contractuum genera: Nam aut verbis perficiuntur, aut re, aut literis, aut conſenſu §. *fin. I. de obligat.* Jam verò conſtitutum, donatio, hypotheca & reliqua pacta legitima non ſunt ex eorum genere. Igitur non ſunt cōtractus.

Aſſumptio inde probatur, quia ad contractus reales, verbales & literarum pacta legitima referri nequeunt, ut quæ nudo ac ſolo conſenſu perficiantur, nec ad ſui perfectionem vel rei traditionem vel verba vel literas deſiderent, *l. 1 pr. l. 14. §. fin. ff. de conſtit. pecun. §. 2. I. de donat. l. 35. C. eod. tit. l. 1. pr. ff. de pign. act. l. 17. §. de pign. ff. de pact.* Nec magis ad contractus, qui conſenſu perfici dicuntur, referri poſſunt pa-

pacta legitima, quia omnes iſti contractus mutuam pariunt obligationem, *verſ. In his contractibus. I. de obligat. quæ ex conſens.* Pacta verò legitima non pariunt mutuam obligationem, cùm is ſolus obligetur, qui conſtituit ſe ſoluturum; Ex donatione ſolus donator, Ex hypotheca ſolus is, qui rem ſuam hypothecavit.

2. Quia pacta legitima ſtricti ſunt juris, arg. §. *Actionum, I. de Act.* Contractus autẽ qui conſenſu perficiũtur, omnes ſunt bonæ fidei, § *fin. I de obl. quæ ex conſ. l. 2. §. fi ff. de obl. & Act.* 3. Quia pacta legitima non annumerantur illis contractib. qui cõſenſu perficiuntur, §. *fi. I. de obl. quæ ex conſ. d. l. 2. §. fin. ff. de obl. & Act.* ubi quatuor dũtaxat recẽſet Juſtinianus. Nec putandũ eſt, quoſdam ſaltẽ illic voluiſſe Imperatorẽ exempli gratia referre: Aliàs n. ſubjeciſſet haut dubiè hæc verba: Et alii innumerabiles, ut *in §. 2. I. de jure Nat. Gent. Civ. vel* Et cæteri ſimiles, ut *in §. preterea quaſdã, I. de Act. l. 7. §. 1. ff. de pact. vel* & alias quam plures, ut *in §. in perſonam quoq; I. de Act.* Ut nunc taceã, quod *in d. tit. I. de obl. quæ ex conſenſ.* & *d. l. 2. §. fin.* Propoſitum fuerit Juſtiniano & JCto perfectam tradere diviſionem.

3. Pacta legitima dicuntur nuda, *in l. frumenti 12. C. de uſur. l. Etiam ex nudo pacto*

30. ff.

30 *ff.eod.l. Nuda C.de contrah.ſtipulat.& tot. tit.C.de dot.prom.& nuda pollicit.* Quibus in locis agitur de certis quibuſdam caſibus, quibus ex pacto actio datur, ideoq; de pacto legitimo. Et tamen idem hoc pactum nudum nihilominus dicitur.

4. Si pacta legitima eſſent contractus, tunc ſanè per conventiones ſeu pacta legitima contractus ſignificarentur, *in l. legitima.6.ff.de pact.* Sed ibi pacta legitima contractus non ſunt: Ergò pacta legitima non ſunt contractus. Aſſumptio hinc probatur, quod in *l.5.ff.de pact.* privata cõventio dividatur in legitimã & Jurisgent. conventionem. Atq; hæ duæ conventionis ſpecies ſtatim definiũtur ac declarantur in duabus legibus ſequentibus: Juriſgentium autem conventioni adſcribuntur contractus juregentium conſtituti, in *l.7.pr.* Juriſgentium igitur contractus nõ ſignificãtur per pacta legitima, in *dict.l.6.* Nec etiam referri poſſunt pacta legitima ad cõtractus jure civili introductos, ut infrà pluribus oſtendetur. Sequitur itaque quod pacta legitima non ſint contractus.

5. Quę nominibus differũt, reipſa differũt, *l.ſi idẽ 7.C.de codicill.* Atqui pactũ legitimũ & contractũ nomine differre certũ & manifeſtum eſt. Quare hinc ſequitur q̃ & reipſa differant

6. Contractus ſua natura ac vi propria parit actionem, *l.* 19 *de verb. ſignif.* §. *ſequens diviſio I. de obligat.* Atqui pactum legitimum non parit actionem vi propria, ſed adjumento legis, *d. l. 6. de pact. l.* 23, *C. de pign. & hypoth.* Hinc itaque omninò concludendum videtur, quòd pactum legitimum ſit nudum, nec idem ſit quod contractus.

Reſponſio ad Contraria.

Nunc videamus quid ad prioris contrariæ opinionis fundamenta reſpondendum ſit.

Et quidem *ad primum* Reſp. Quod dicitur pacta nuda non parere actionem, generale quidem & regulare eſſe, verùm exceptionem habere in pacto legitimo & eo pacto, quod in continenti contractui adjectū eſt, *d. l. 6.* §. *Et ideo interdum. ff. de pact.* proinde regulam iſtam: *pactum nudum non parit actionem*, cum hac limitatione intelligendam eſſe; *Niſi legitimum fuerit factum* atque lege aliqua ad hoc confirmatum, ut actionem pareret, *d. l. 6. Deinde,* Illæ demum conventiones non ſunt nudæ, quæ vi & virtute propria actionem pariunt. Atqui pacta legitima pariunt quidem actionem, ſed non propria vi ac virtute

virtute, verùm legis adjumẽto, ut Paulus Jctus *in d.l.6.* claris ac perſpicuis verbis ſignificat, quando ait, tunc ex pacto actionem naſci, *quando lege aliqua ad hoc confirmatur.* Denique non ſtatim quæ in uno aliquo effectu conveniunt, ea quoad ſubſtantiam ſunt idem, & ſpecie etiam conveniunt, cum fieri poſſit, ut res naturæ diverſæ eundem aut ſimilem producant effectum: Quãquam, ut dixi, nec quoad effectũ legitima conventio per omnia cum contractu conveniat; Siquidem contractus ſua natura atq; vi propria actionem parit; pactum verò legitimum vi ac virtute aliena, ex confirmatione ſcilicet legis.

Ad ſecundum argumentum ſolutio patet ex prædictis: Nomen enim, quod habent, pacta quædam legitima, non eſt legitimum ac civile, ſed aut juris gent. aut juris civilis, uti ad primum noſtræ opinionis argumentum fuit demonſtratum.

Ad Tertium conſimiliter nõ eſt difficilis ſolutio ex illis, quæ ad primum argumentum paulò ſupra reſponſa fuerunt. Etſi enim vim & efficaciam pariendi actionem habere videantur pacta legitima: Eam tamen non ex ſe, nec ſua ex natura habent, ſed ex lege, qua ad producendum

cendum actionem confirmantur & adjuvantur, *d.l.6.*

Ad Quartum Reſp. Actionem perſonalem non ſolùm ex contractu & maleficio, ſed aliunde etiam naſci: Hinc ſiquidem Juſtinianus, in §. *1.I.de act.* nõ abſolutè dicit actiones perſonales ex contractu naſci vel maleficio, ſed addit, *ex aliis quibuſdam modis*: Et Gajus, in *d.l.1.de obl.& act.* diſertè ſubjicit. *Ex aliis cauſarum figuris*, actionem proficiſci. Et ſanè hujus rei exẽplum perſpicuum nobis exhibent condictiones, quas vocant naturales: Illarum enim pleręq; aliunde quam ex contractu vel maleficio naſcuntur, ut condictio causâ data, causâ non ſecuta: condictio ſine cauſa; condictio ob turpem cauſam, &c. quæ ex ſola naturali proficiſcuntur ęquitate, unde & naturales appellantur. Et quid de conſtituto dicemus? quod nõ eſſe contractũ, ſed nudum pactũ teſtatur, *l. 1. de conſt. pecun.* Et tamẽ ex eo actionem naſci extra omnem dubitationis aleam eſt poſitum.

Ad poſtremum Reſponde, ut ſupra ad primum & tertium reſponſum fuit.

QUÆSTIO SEXTA.

An Contractus civiles, ſeu jure civili introducti, ſint pacta legitima?

Obti-

OBtinuimus hactenus, contractus differre à pactis legitimis, nec legitima pacta veſtita, ſe nuda eſſe: Verùm anne vel illi duntaxat contractus, qui jure Romano inventi ſunt ac introducti, pacta legitima appellari mereantur? Quæſtio eſt perplexa, difficilis & intricata: Ego tamen illorum ſententiam veriſſimam judico, qui negant contractus civiles propriè eſſe pacta legitima.

1. Nam primò contractus civiles vi ac virtute propria atque ex ſe pariunt actiones: pacta verò legitima non niſi extrinſecus à lege adjuta & ſpecialiter ad id confirmata, *d. l. 6. de pact.*

2. Cùm regula ſit ex pacto actionem non naſci, *l. 7. §. 5. & l. 45. ff. de pact.* Ea verò de nudo ſit pacto, *l. 10. C. de pact. l. 1. C. de pact. convent.* tam ſuper dot. ſequitur inde pactum legitimum, quod ab iſta regula, in *d. l. 6. Vers. Et ideo.* excipitur nudū eſſe; quoniam exceptio debet eſſe de regula, ſic ut quibus in terminis loquitur regula, iiſdem in terminis exceptio quoq; intelligatur; & regula atq; exceptio de eodem ſemper ſubjecto accipiantur.

3. Pacta legitima definiente Paulo, in *d. l. 6.* ſunt ea pacta, quæ lege aliqua confirmantur &c. cū antea juris eſſent gentium.

Atqui

Atqui cõtractus civiles prius ex jure gentium non fuerunt profecti, ut poſtmodum jure civili confirmari potuiſſent; ſed jure demum civili ſunt introducti. Igitur ſequitur hinc infallibiliter, contractus civiles non eſſe pacta legitima.

Non equidem ignoro vulgò diſſentientes ad hoc argumentum reſpondere; *Confirmare* idem quandoque ſignificare quod *cõſtituere* ac *introducere*: quandoquidem & is, qui aliquid conſtituit primitùs & introducit, intelligitur idipſum confirmare, eidemq́ue vim ac robur addere: pactum, proinde dupliciter dici cõfirmari, 1. vel quia lex certam ei dat formam, ut contractui Emphyteutico, contractui ſtipulationis, ac cæteris contractibus civilibus, 2. vel quia nullam ei formam dat, ſed tantùm efficax id reddit ad agendum, teſte Duareno *in d. l. 6.*

Veruntamen hoc minimè refragatur: ut enim ponatur, & illud confirmari à lege quod demum datur, introducitur ac conſtituitur à lege; Id tamen procul dubio fit abuſivè & impropriè: Quandoquidem dari & confirmari in jure ſibi invicem expreſsè opponũtur, *l. 6. ff. de juſtic. & jure*; In qua idem Paulus, cujus eſt *d. l. 6. de pact.* Et *quia*, inquit, *nec principaliter ei juri di-*

juriſdictio data eſt nec ipſa lex defert, ſed confirmat mandatam juriſdictionem : A propria autem ſignificatione verbi in dubio non eſt recedendum, *l. Non aliter. de legat. 3.*

4. Accedit his, quod *in d. l. 6. Interdum,* inquiens, *ex pacto actio naſcitur*, ſatis oſtendat in ea lege JCtum non agere de contractibus, è quibus non interdum ſed ſemper actio naſcitur.

5. Deniq; pactum legitimum eſt, quod lege juvatur, *d. l. 6.* At contractus civiles non juvantur ſed introducuntur lege: juvare ſiquidem & introducere ſunt diverſa & oppoſita, cum id propriè juvari dicatur, quod ab alio introductum & conſtitutum, per ſe ſat virium non habet.

Non obſtat 1. Quod ſi contractus civiles ſint pacta; tum ſint vel legitima vel jurisgentium, *l. 5. de pact.* Non jurisgent. quod expeditū eſt, igitur legitima. Item, quod niſi contractus civiles eſſent pacta legitima, tum diviſio pactorum ſeu conventionum, tradita *in d. l. 5. de pact.* vitioſa foret ac imperfecta, ut quæ totum diviſum non exhauriret, nec univerſa pactorum contineret.

Reſp. Quod enim contractus civiles iſthac conventionum diviſione non continoantur, ſatis probant argumēta ſupe-

rius adducta: Idcirco autem civiles omiſſos nec diviſione illa comprehenſos exiſtimo, quia tempore Ulpiani pauci admodum & vix ulli extabant civiles contractus, quos diviſione comprehendi & in gratiam illorum trimembrē diviſionem conſtitui fortaſſis operæ precium JCtus non duxit.

Non etiam obſtat, quod tempore Pauli JCti & maximè tempore Juſtiniani alia legitima pacta, quàm civiles contractus in uſu non fuerint: Cùm pacta de membro rupto, de lite, de furto, de injuriis, &c. legibus antiquis introducta, tempore quo vixere Paulus & Juſtinianus, in uſu eſſe deſierint; Et ideo admodum veriſimile ſit, JCtum Paulum, & Juſtinianum ſub legitimis conventionibus contractus quoque civiles complècti voluiſſe. Reſp. Hoc, inquam, non obſtat: Nam præterquā quòd in conjectura conſiſtat, alia etiam pacta legitima tempore Juſtiniani in uſu fuiſſe; ut conſtitutum, donatio, dotis promiſſio, pactum de uſuris frumenti, vini, olei, &c.

QUÆSTIO SEPTIMA.

An promiſſio dotis ſit pactum legitimum?

ET hæc quæſtio perquam controverſa eſt; An promiſſio dotis qua quis dotem promittit Titio, ſi is hanc vel illam in u-

xorem duxerit; ſit nuda & legitima; an verò incidat in contractum innominatum do ut facias? Etenim Johan. Coraſ. *in l.* 19. *n.* 78. Cuno de pact. *c.* 6. *n.* 43. Borcholt *de pact. c.* 2. *n.* 23. Cenſent hujuſmodi dotis promiſſionem eſſe pactum nudum & legitimum, ſuamq́; ſententiam cõfirmant, *l. Ad exactionem. C. de dot. promiſſ.* ubi Imperat. in hæc verba reſcribunt: *Ad exactionem dotis, quam ſemel præſtari placuit, qualiacunq; ſufficere verba cenſemus; ſive ſcripta fuerint, ſive non, etiamſi ſtipulatio in pollicitatione rerum dotalium minimè fuerint ſubſecuta.* Quibus verbis Imperatores dotis promiſſionem, quæ, ut nuda pactio, prius ad actionem producendam inefficax atque invalida erat, ad producendam actionem confirmaſſe obſcurum non eſt.

Contrariam opinionẽ tuentur Donellus, in *l.* 10. *n.* 11. *C. de pact.* & Franc. Connanus, 5. *comm.* 3. qui, pactum, quo dos promittitur, idcircò ajunt non eſſe legitimum, ſed in contractum innominatum incidere, quia conventio, habens cauſam vel ſynallagma, non ſit nuda, nec legitima, ſed contractus innominatus, ſi nomine proprio ac legitimo deſtituatur, *l.* 7. *pr.* §. 1. & 2. *ff. de pact. l.* 15. *ff. de præſcript. verb.* Dotis autem promiſſio, quatenus

ad exa-

ad exactionem dotis prodeſt & actionem parit, non ſit nuda conventio, ſed ejuſmodi, quæ cauſam habeat præter conventionem: quia ſi nuptiæ non fuerint ſecutæ, dos non debeatur, nec ex ſtipulatione quidem, cùm habeat hanc conditionem, ſi nuptiæ ſequantur, *l. ſtipulationem. 21. ff. de jure dot.* Si ſunt ſecutæ, debeatur quidem dos; ſed ideo, quia negotium civile geſtum eſt: dos enim dicta eſt marito, *ſi illam uxorem duceret*, qui ſi eam duxit, res ſecuta eſt, adeoq; ex hoc tempore pactio, quæ antea nuda atque ad producendam actionem inutilis erat, interventu negocii incipit eſſe veſtita & ad pariendam actionem efficax; arg. *l. 45. ff. de pact.* Et hanc ſententiam ego quoq; veriorem eſſe judico; ſiquidem certum eſt, promiſſionem dotis, quando ad exactionem dotis valida eſt, ſecutas eſſe nuptias adeoque factum aliquid eſſe ut alter, qui dotem promiſit, eam tradat.

Nec audiendos exiſtimo eos, qui acutè, ſcilicet, diſtinguunt inter conditionem & cauſam, quaſi dotis promiſſio, quādo ex ea agi poteſt ad promiſſam dotem præſtandam, non contineat cauſam ſed conditionem: Reſp. Hoc enim apertè falſum eſt; Nam cùm nuptiæ ſecutæ ſunt,

ſunt, ex quo demum tempore dotē promiſſam exigi poſſe, demonſtratum eſt, impleta eſt jam tum conditio & factum eſt aliquid, ut dos promiſſa præſtetur, quod cauſam ſeu ſynallagma eſſe, & in cōtractu facio, ut des incidere plus quàm manifeſtum eſt, ex *l. 7. §. 2 ff. de pact. l: 45. eod. l. 15. ff. de præſcript. verb.* Perinde ut illa conventio: donabo tibi ut promoveas in doctorem. Hanc enim antequam donatum fuerit eſſe nudam & ad agendum inefficacem, fatemur: At poſtquam donatum eſt, & jam datum quippiam, ut viciſſim quid fieret, hoc eſt, ut accipiēs in Doctorem promoveretur, pactio quæ antea nuda erat, incipit eſſe contractus innominatus.

QUÆSTIO OCTAVA.

An Donatio ſit pactum legitimum?

DE donatione itidem controverſum eſt, anne ſit pactum legitimum? Etenim de genere donationis tres extant diverſæ Interpretum opiniones.

I. OPINIO.

Sunt enim quidam, qui ſtatuunt donationem eſſe modum acquirendi dominium idq; ſequentibus fundamentis ſtabilire conantur.

1. Juſti-

1. Juſtinianus Imper. *in pr. I. de donat.* expreſsè ac diſertis verbis ait, donationem eſſe modum acquirendi dominium: Cùm enim in antecedẽtibus titulis ex profeſſo de modis, quibus jure gentium & civili dominia rerũ acquiruntur ac transferuntur, tractaſſet, ſubjicit, in *pr. tituli de donat.* Eſt & aliud genus acquiſitionis donatio.

2. Probat idipſum quoque, *l. 20. ff. de Reb. Credit.* In qua in caſu illîc propoſito negatur apertè donationem eſſe factum, quia non ea mente pecunia fuerit data, ut omni modo penes accipientem maneret. Unde perſpicuè ſequitur, ut donatio facta & perfecta ſit, requiri ut dominium rei donatæ ad donatarium plene fuerit translatum.

3. Idem confirmat, *l. 9. § fin. ff. de donat.* Ubi donari nõ poſſe dicitur, niſi quod ejus fiat, cui donatur; donatio proinde rei donatæ dominiũ ad donatariũ transfert.

4. Concordat his quoque, *l. 33. §. eod.* ubi pecuniæ donationis cauſa numeratæ ait JCtus non impediri translationem dominii.

5. Et quod per donationem transferatur dominium ſi traditio, quæ ad donatioem requiritur, §. 2. *I. de donat.* interveniat, teſtatur Juſtinianus, in §. *per traditionem*

Digitized by Google

tionem, I. de Rer. diviſ. l. 4. C. de contrah. empt. l. fin. §. 1. ff. de donat.

6. Ipſum inſuper verbum donationis ſatis indicat, donationem eſſe modum acquirendi dominium, ſiquidem donare eſt reipſa, hoc eſt, actualiter aliquid dare & alteri gratis tradere.

7. Denique non parum roboris huic ſententiæ addere videtur quòd Juſtinianus, cùm in §. *fin. de uſu & habit* ita ſcripſiſſet: *Modo videamus quib. modis legitimo* ac *civili jure res acquirantur*; ſtatim ſubjecerit titulum de uſucapionibus & titulũ de donationibus atque in hujus tituli, §. *finali*, addiderit: *Erat olim & alius modus civilis acquiſitionis per jus accreſcendi*: Quibus Imperator ſignificare voluit, donationem inter modos acquirendi dominium juris civilis referendam eſſe.

Refutatio huius opinionis.

Cæterùm quod donatio non ſit modus acquirendi dominium, his fundamẽtis dilucidè probari videtur.

1. Donatio, dicente Juſtiniano, nuda voluntatis donantis & donatarii perficitur, licet res nondum ſit tradita, nec dum ejus dominium fuerit translatum, modo voluntas iſthæc utriuſque manifeſtata

fuerit

fuerit ſcriptis vel ſine ſcriptis, § *Alia, I. de donat. l. ſi quis argentum, C. de donat.* Unde liquet, nec traditionem ad perfectionem donationis requiri, nec translationem dominii effectum eſſe donationis.

2. Quia donatio legitimè perfecta in ſe habet neceſſitatem tradendi ac dominium transferendi, ſicut vi donationis factæ compellatur donans rem donatam tradere donatori, *d. §. Alia, & d. l. ſi quis argentum.* Cui conſequens eſt ipſam donationem non transferre dominium.

3. Confertur donatio, quod effectum, cum emptione, in *d. §. Alia.* Atqui emptio non eſt modus acquirendi & transferendi dominium, *§. 3. I. de empt. vendit.* Igitur nec donatio.

4. Pactis & conventionibus nō transferuntur rerum dominia, *l. 3. ff. de obligat. & Act. l. Traditionibus. 20. C. de pact.* Atqui donatio eſt pactum & conventio, *d. §. Alia, & d. l. ſi quis argentum.* Quare donatio inter vivos pura nō eſt modus dominium transferendi.

Solutio contrariorum.

Nec refragantur argumenta contrariæ opinionis ſupra adducta. Quod enim *ad primum* ℞. Donationem à Juſtiniano appellari

appellari genus acquiſitionis *in d. pr. tit. de donat.* non quod per eam dominium rei donatæ acquiratur, contrarium ſiquidem modò evidenter fuit demonſtratum, ſed quia per eam acquiritur obligatio, *d. §. Aliæ & l. 35. C. eod.* atque donanti neceſſitas imponitur ad rem donatam tradendam. Deinde cùm *in d. pr.* donatio dicitur *genus acquiſitionis*, non intelligitur donatio inter vivos, ſed donatio mortis cauſa, de qua etiam in *§. ſeq.* Juſtinianus tractat. Hanc enim eſſe modum acquirendi & transferendi dominium, extra omnem controverſiæ aleam poſitum eſt, cùm enim legatis per omnia, quoad effectum ſcilicet, comparetur & exæquetur, ut Juſtinianus ait in *§. 1. de donat. & l. fin. C de donat. mort. cauſ.* ſequitur, ut ſicut per legatum rectâ viâ, nullâ etiam heredis traditione interveniente, dominium rei legatæ ad legatarium transferatur. *l. 64. ff. de furt.* Ita quoque per donationem mortis cauſa ſtatim à morte donatoris rei donatæ dominium ad donatarium tranſeat.

Et quanquam diſſentientes regerant: De donatione inter vivos eodem in titulo æque ex profeſſo tractari, atq; de donatione mortis cauſa; adeoque donationem quoque inter vivos modis acquirendi dominium annumerari.

Reſp. Concedendum tamen non eſt propoſitum fuiſſe Juſtiniano de donatione inter vivos æquè ex profeſſo tractare: Sed cùm principaliter de donatione mortis cauſa, tanquam de modo, quo dominium jure civili transfertur, tractare inſtituiſſet, ideo ut eò magis perſpicuum evaderet, quid eſſet donatio mortis cauſa, voluit quoque declarare, quænam eſſet donatio inter vivos, donationi mortis cauſa oppoſita, cùm & aliàs contraria juxta ſe poſita reddantur illuſtriora.

Nec refragatur ſuperiori reſponſioni, quod principium, *d. tit. de donat.* ſit generale, atque ibidem Juſtinianus non in ſpecie de donatione mortis cauſam aſſerat quod ſit acquiſitionis genus, ſed de donatione in genere.

Reſp. Nam verba generalia reſtringuntur ſecundum qualitatem ac habilitatem ſubjecti: cùm talia ſint prædicata, qualia permittuntur eſſe à ſuis ſubjectis.

Ad ſecundum, tertium & quartum reſpondendum jure veteri, quod in pandectis habetur, donationem inter vivos fuiſſe modum acquirendi & transferendi dominii, cùm ejus pars eſſentialis fuerit traditio: At hodie ex Nova Juſtiniani conſtitutione in *l. ſi quis argentum*

C. de

C. de donat. & §. *Alia 2. I. eod.* non amplius eſſe modum dominium transferendi & acquirendi, ſed modum acquirendæ obligationis, ſive conventionem. Ita Cujac. *10. obſerv. 28.* & Anton. Faber *Error pragmat. dec. 45. Err. 8.*

Ad quintum Reſp. Donationis pars ſubſtantialis non amplius eſt traditio, poſtquam ex Juſtiniani conſtitutione nuda voluntate perficitur, ac pro perfecta habeatur, antequam res donata fuerit tradita, *d.* §. *Alia 2. & d. l. ſi quis argentum, C. de donat.* Quinimo quod donatio à traditione differat, ut cauſa ab effectu vel ipſe, §. *per traditionem* luculenter oſtendit, in quo Juſtinianus dominium transferri ait, ſi ex cauſa donationis res tradatur. Quapropter dominium transfertur non ex ipſa donatione, ſed ex traditione facta ex cauſa donationis, *in d.* §. *per traditionem.*

Ad ſextum Reſp. ut ad præcedens: Traditionem ad donationis perfectionem minimè deſiderari, ut quæ, teſte Juſtiniano, perficiatur ſola utriuſque voluntate, in ſcriptis vel ſine ſcriptis manifeſtata, *d.* §. *Alia.*

Ad poſtremum ℞. Illud hoc ſolùm probare quod in titulo *de donationibus* agatur

de modo acquirendi dominii: Id quod à nemine negatur; Verùm hunc modum eſſe donationem inter vivos id inficiamur.

II. Opinio.

Secundò alii ſtatuunt donationem inter vivos eſſe contractum, moventur autem ſequentibus hiſce argumentis.

1. Ex ſimplici donatione naſcitur perſonalis actio, condictio videlicet ex lege *l. ſi quis argentum, C. de donat. Novell. 162. c. 1. §. 1. in fine.* Ergo donatio non eſt pactum legitimum, ſed contractus.

2. Contractus pariunt actiones *l. 7. de pact.* Atqui donatio parit actionem per text. modò adductos.

3. Donatio dicitur ad exemplum emptionis venditionis in ſe habere neceſſitatem traditionis, *§. Alia 2. I. de donat.* adeoque donatio æquiparatur emptioni-venditioni: At venditio eſt contractus, *d. l. 7. pr. de pact. tot. tit. I. de obligat. quæ ex conſens.* Igitur & donatio eſt contractus.

4. In *l. 22. ff. de donat.* dicitur *donatio non annumerari contractibus bonæ fidei.* Unde ſequitur quod annumeretur contractibus ſtricti juris; Atque ſic non ſit pactum legitimum, ſed contractus.

5. Idem probare videtur, *l. 7. C. de his*

quæ

quæ vi metusvé cauſ. in qua Dioclet. & Maximin. ita reſcribunt: *Si donationis, vel tranſactionis, vel ſtipulationis, vel cujuscunq; alterius contractus, obligationis confectum inſtrumentum, metu mortis vel cruciatu corporis extortum &c.* Quibus verbis clarè Imperatores ſignificare videntur, donationem eſſe contractum.

6. Eodemque facere imprimis videntur, *l.17. C. de fide inſtrum. l. fin. pr. C. de bon. quæ lib. l.8. pr. de præſcr. 30. vel 40. annor.* in quibus univerſis donatio conſtanter contractus appellatur.

7. Idemque confirmat, *Novella 38. & Novella 119.*

8. Denique cum donatio conditionalis qua ſic aliquid donatur, ut quid viciſſim detur, aut fiat, *l. finali, C. de rer. permutat.* Synallagma contineat, *l 7. §. 2 ff. de pact.* ſequitur quod ſit contractus & non pactum nudum legitimum.

Refutatio huius Opinionis.

Veruntamen nec hæc opinio ſuſtineri poteſt. Quod enim donatio ſit pactum legitimum; quod à contractu diverſum eſt, mox luculenter demonſtrabitur: Nec ad rem multum faciunt argumenta modò adducta.

Ad primum enim reſpondetur Conſe-

quentiam negando; Tum quia ex pacto quoque legitimo naſcitur condictio ex lege, *arg. l. unic. ff. de condict. ex lege.* Tum quia contractus innominati præſcriptis verbis actionem pariunt, *tot. tit. ff. de præſcr. verb.* Ex contractibus verò nominatis actio proprio nomine inſignita naſcitur, nec ullius nominati contractus actio, condictio ex lege dicitur. Tum denique quia, ſi hoc argumentum procederet, ac quicquam concluderet, ſequeretur, quod & nuda pollicitatio lege confirmata contractus eſſet, cùm ex ea condictio ex lege competat, *l. unic. C. de condict. ex lege.* Atqui hoc abſurdum, ex *l. 1. §. 2. §. 3. ff. de pact. Junct. l. 3. pr. de pollicit.*

Ad ſecundum ℞. 1. Argumentum laborare in formâ, cùm ſit ex puris affirmativis in ſecunda figura. Deinde etſi omnis contractus pariat actionem: Non tamen omne quod actionem parit, eſt contractus, *arg. d. l. 6. ff. de pact.* Idq; ſatis arguunt pacta in continenti contractibus adjecta, quæ actionem pariunt, *l. 7. §. 5. ff. de pact.* Et tamen non ſunt contractus. Nec impedit, quod pactum nudum non pariat actionem, *d. l. 7. §. quinimo, & l. 45. ff. de pact.* ℞. Excipitur enim pactum legitimum, *d. l. 6. verſ.* Et ideo interdum ex pacto actio

ctio naſcitur, *ff. de pact.* Nec non illud pactum, quod contractui in continenti adjectum eſt, *d. l. 7. §. quinimo 5.* Denique contractus pariunt actiones ſua natura ac vi & virtute propria: At pacta legitima ex confirmatione legis, *d. l. 6.*

Similiter non obſtat tertium argumentum Reſp. Etſi enim donatio cum emptione comparetur, quoad effectum, quod nempe ſicut emptio producit obligationem & actionem ſua natura, ita donatio ex conſtitutione Juſtiniani, in qua hunc ad effectum confirmata fuit, *d. l. 35. C. de donat.* Non tamen comparantur ratione ſubſtantiæ, nec etiam ratione generis: Siquidem quæ effectu conveniunt, non ſtatim conveniunt ſimpliciter atque in omnibus: Sic enim pactum in continenti adjectum contractui parit actionem, non minus atque ipſe contractus, *d. l. 7. §. 5. ff. de pact.* Et tamen non eſt contractus.

Ad quartum Reſpon. In *d. l. 22.* donationem factam & celebratam fuiſſe per ſtipulationem, quæ contractus eſt ſtricti juris; ac proinde donationem illic contractum appellari, non quod per ſe contractus ſit, ſed quia mediante ſtipulationis contractu facta fuit:

Hinc etiam ex tali donatione non competit condictio ex lege, ſed datur actio ex ſtipulatu. Præterea non ſequitur donatio non eſt contractus bonæ fidei: Ergo eſt contractus ſtricti juris; prius enim probandum fuit quod donatio ſit contractus. Proinde aſſumitur id ipſum tanquam conceſſum atque confeſſum, quod in quæſtione eſt: Adhæc inter contractum bonæ fidei & ſtricti juris datur medium, videlicet pactum contractui in continenti adjectum, item pactum nudum legitimum, quod contractui opponitur in *l. 6. de pact.*

Ad quintum Rꝫ. In *l. 7. C. de his quæ vi metusvé, cauſ.* iſta verba *vel alterius cujuscunq; contractus* referenda non eſſe ad donationem, ſed ad proximum tranſactionis ac ſtipulationis verbum: Aut vero dicendum, nomen contractus in *d. l. 7.* in latiori & impropria ſignificatione uſurpari, prout & alibi in jure accipitur, *l. 23. ff. de R. Iur.*

Idem planè & *ad ſextum* reſpondendum eſt; In adductis nempe legibus nomen contractus abuſivè de donatione prædicari; id quod fundamenta quæ mox ſubjiciemus, quibusq; dilucidè demonſtrabimus donationem contractum non eſſe, ſatis evincere exiſtimo.

Ad

Ad ſeptimum ℞. In *Novella 38.* ut & in *Novella 119. c. 1.* tractari non de donatione inter vivos pura & ſimplici; ſed de donatione propter nuptias: Quæ ex nova Juſtiniani conſtitutione contractus eſt.

Ad octavum ℞. Donationem ob cauſam ab initio antequam aliquid ſactum, aut datum fuerit eſſe nudum pactum, poſtquam verò vel factum eſt propter quod donatio fuit facta, aut id, quod donatum eſt, præſtitum ſit; incidere in contractum innominatum *facio ut des, vel do ut facias, arg. l. 45. ff. de pact.*

QUÆSTIO IX.

An pactum de uſuris Argentario dandis, ut & pactum de uſuris frumenti, vini, olei, ſit legitimum?

EX pacto de uſuris præſtandis Argentario, ut & ex pacto de uſuris frumenti hordei &c. naſci actionem, cùm aliàs ex pacto, niſi legitimum ſit, vel contractui adjectum, non naſcatur actio; conſtat ex *l. 12. C. de Vſur. Novell. 136. c. 1.* Sed utrum hujuſmodi pactum qua legitimum, an verò quatenus, contractui adjectum, pariat actionem? Quæſtionis eſt: Sunt qui poſterius affirment, & pactum tale legitimum aſſerant, moti hiſce rationibus.

fuiſſe ullius Imperatoris conſtitutione ad producendam actionem, ut infra pluribus demonſtrabitur.

2. Accedit quòd uſurarum iſtarum non poſſit eſſe tanta utilitas, ut contra regulam juris publici actio earum potius, quàm aliarum nomine ex nudo pacto detur.

3. Denique cùm uſuræ ſint omnium rerum maximæ odioſæ, veriſimile non eſt, voluiſſe in earum gratiam Imperatores à regula juris in tantùm deflectere ac recedere, ut de iis ex pacto nudo, nulli etiam contractui adjecto, actio cõpeteret.

Non reſiſtunt magnopere argumenta ſuperius adducta:

Nam ad primum reſpondetur, non propterea legitimum appellandum eſſe pactum, quia Imperator aliquis de effectu ejus reſcripſerit: Alioquin hodie infinita forent legitima pacta: Sed neceſſarium eſſe, ut reſcripto nominatim jubeantur eſſe legitima, atque vi reſcripti valere ac robur obligandi habere: At nihil tale in adductis conſtitutionibus habetur; ſed Imperatores ſimpliciter declarant, quod pacta iſta vigorem habeant; Vi nempe ipſius negocii, cui accedunt.

Ad ſecundum ℞. Pactum de uſuris frumenti

menti, vini, olei &c. itemque pactum de uſuris argentario præſtandis, in adductis legibus appellari nuda, reſpectu ſtipulationis. Cùm enim lex eſſet de uſuris, quod uſuræ non, niſi ſtipulatione promiſſæ peti poſſint, *l. 3 C. de uſur.* ideo, ut in cauſis prædictis intelligeretur ſtipulationem non eſſe neceſſariam, ita ſcriptum fuiſſe: *Frumenti vel hordei mutuo dati acceſſio etiam ex nudo pacto præſtanda eſt*: Ut ita in *d. l. 12.* nudum intelligatur, cujus confirmandi cauſa ſtipulatio ſecuta non fuit. Et ſanè quod pactum de uſuris argentario debitis valeat ac proſit ad actionem, non quâ legitimum, ſed quâ contractui adiectum, ſatis dilucidè oſtendit Juſtinianus in *d. Novella 130. c. 1.* ubi diſertè loquitur de pacto contractui adſcripto, quod contractui ſimul formã ac regulam addat contractui, & ſimul exinde inferatur exactio.

Ad tertium reſpondetur etiamſi *d. l. 12.* accipiamus de pacto contractui adjecto, optimè tamen ad regulam, *d. l. 3.* quadrabit: Illic enim regula proponitur, *Tantùm ſtipulatione uſuras promiſſas peti & exigi poſſe, non etiam promiſſas pacto*: Exceptio verò hujus regulæ in *d. l. 12.* ſubjicitur hæc: *Niſi pactum de uſuris frumenti hordei &c. fuerit mutuo in continenti adjectum.*

QUÆSTIO X.

An pactum rectè dividatur in nudum & Non-nudum, ſive veſtitum; An verò idem ſit pactum, pactum nudum, & pactum conventum?

AN pactum vel pactum-conventum idem ſit, quod pactum nudum; an verò idem valeat, quod conventio, pactio, quæſtio eſt perquam controverſa & intricata: Plærique enim, Neotericorum præſertim, ſtatuunt pactum, pactum nudum, pactum conventum eſſe ſynonyma, ſic ut omne pactum & pactum conventum ſit nudum, nec contractum ſub ſe tanquam ſpeciem contineat, ſed eidem perpetuò tanquam conventionis ſpecies contraria opponatur, unde diviſionem illam pacti, in Nudum & Non-nudum, ſive veſtitum, tanquam falſam atque confictam repudiant. Ita Cujac. *in l. 1. ff. de pact. & 2. obſerv.* 15. Duaren. *ad l. 1. de pact. & 2. diſput.* 8. Borcholt. *de pact. c. 1.* Boccer. *ad L. 23. c. 1. n. 7. de R. Iur.*

Argumenta illorum hæc ſunt:

1. Pactum non parit obligationem & actionem, *l. 7. §. 5. ff. de pact. l. 45. eod.* cum

alii

aliis infinitis. Contractus verò parit & obligationem & actionem, id quod notiſſimi juris eſt & probat, *§. 1. I. de Act.* Igitur contractus non eſt pactum.

2. Pactum eſt duorum pluriumvè in idem placitum conſenſus, *l. 1. ff. de pact.* nudus ſcilicet conſenſus, nihil quàm conſenſus: Contractus verò amplius aliquid eſt, quàm nudus conſenſus; Nempe conſenſus duorum pluriumvè in id, ex quo contrahitur obligatio; Quare contractus non eſt pactum.

3. Si contractus eſſet pactum, tum ſanè alicubi in jure pactum nominaretur: Atqui nuſpiam in toto jure contractus pacti appellatione inſignitur: Quare veriſimile non eſt quod ſit pactum.

4. Quamvis interdum in jure accidat, ut idem verbum & generis & ſpeciei ſit nomen, ut nomen adoptionis, *l. 1. ff. de adoption.* Cognationis, *l. ICtus, ff. de gradibus & Affinibus.* Actionis, *l. pecuniæ, §. fin ff. de V. ſignif.* de nomine pacti tamen idem affirmari non poteſt, quòd nempe generaliter accipiatur, ut contractum comprehendat, & ſpecialiter pro pacto nudo, cum nullibi id traditum legatur.

5. Pactum multoties contractui oppo-

poni-

ponitur & à contractu diſtinguitur, *l. Non dubium. 5. C. de legibus, l. 13. C. de pact. l. 7. §. 5. & §. quod ferè, ff. eod. l. 2. ff. de tranſact. §. fin. ff. de ſervit.* Et apud Ciceronem *lib. 2. de Orat.* ubi in hæc verba ſcribit; *At verò in foro tabulæ, teſtimonia, pacta conventa, ſtipulationes, affinitates &c.* Et in Orat. pro Cæcinn. *Quod teſtamentum, quæ judicia; aut ſtipulationes, aut pacti conventi formula non infirmari, aut convelli poteſt?* Et in partit. Orat. *Scriptorum ailud publicum, aliud privatum: Publicum, lex, Senatus C. fœdus. Privatum, tabulæ, pactum conventum, ſtipulationes.*

6. Accedit his quod pactum ſexcentis in locis ſumatur pro pacto nudo; ſive pro nuda conventione, *l. 7. §. 5. per quos, ff. de pact. l. pacta conventa 72. ff. de contra. empt. tot. tit. ff. de pact. dotalib.* Ex quo ſequitur pactum & pactum nudum, ſive nudam conventionem eſſe ſynonyma & idem in jure ſignificare.

7. In *l. 7. §. pactorum, ff. de pact.* dividitur pactum in reale & perſonale: At hæc diviſio contractui applicari non poteſt; ſequitur itaque contractum non eſſe pactum.

8. Edictum prætoris de pactis, in quo ſe pacta ſervaturũ pollicetur, *l. 7. §. ait prætor. 7. ff. de pact.* non ſpectat ad contractus; cum

cum contractus per ſe ſatis jure civili ſint validi ad actionem & exceptionem producendam, nec opus habeant, ut jure demum prætorio ſerventur. Jam verò pertineret edictum prætoris de pactis etiam ad contractum, ſi pactum eſſet, Quare vel hinc concludendum videtur, contractum non eſſe pactum.

9. Accedit huic, quod & ICti edictum iſtud prætoris explicantes, perpetuò agant de pacto, quod eſt de non petendo: At hoc nemo dixerit eſſe contractum ex quo itidem bonum ac probabile argumentum ſumitur. Edictum prætoris de pactis ipſumque adeo pacti nomen contractibus aptari & accommodari neutiquam poſſe.

10. Adde quod edictum de pactis locatum ſit inter ea, quæ judicium antecedunt, non alia de cauſa, quàm quia pactum ad litem remorandam pertineat: Sic autem pertinet ad litem remorandam, ſi id pactum factum eſt, quo id agitur, ut à lite diſcedatur.

11. Si pactum à pactione dicitur, ſequitur quod pactum & pactio non ſint idem: Atqui verum eſt prius, *l. 1. §. 1. ff. de pact.* Igitur verum quoque eſt poſterius.

Pacto-

12. Pactio eſt ipſe actus, ſive factum paciſcendi: Pactum verò propriè eſt jus, quod ex pactione exiſtit, ſive obligatio, quæ ex paciſcendi actu naſcitur: Nam pactio ex pactione eſt, *d. l. 1. §. 1. h. e.* exiſtit ex pactione, ſicut effectus ex cauſa, obligatio ex contractu, *l. licet, §. Ea ff. de procurat.*

Cæterùm contraria opinio, quod nempe pactum, non ſit idem quod pactum nudum, ſed ita generaliter accipiatur in jure, ut ſub ſe, tanquam ſpecies, pactum nudum & contractum complectatur; atque adeo pactum rectè dividatur in pactum nudum, & non-nudum, ſive veſtitum, verior eſt, eamq; tenent & amplectuntur Gregor. Lopez *1. Animadverſ. 8.* Donellus *in Rubrica, C. de pact. n. 4.* Weſenbec. *in parat. de pact. n. 2.* Robert. *2. ſentent. 19.* Hotomann. *1. Amical 31.* Pauerm. *in tract. de Iuriſdict. lib. 1. c. 23.* Gœdd. *ad L. 19. de V. ſignif.*

Quorum hæc ſunt fundamenta.

In *l. 71. ff. pro ſocio* JCtus Paulus ſocietatem, quæ abſque omni dubio contractus eſt, diſertè appellat pactum-conventum: Sic enim ibidem: *Duo*, inquit, *ſocietatem coierunt, ut Grammaticam docerent & quod ex eo artificio quæſtus feciſſent, commune eſſet,*

eſſet, de ea re quæ voluerunt fieri in pacto-cō-vento ſocietatis *proſcripſerunt:* Cùm itaque ex ſententia Pauli ſocietas ſit pactum conventum, ſequitur etiam contractum eſſe pactum, nec pactum idem, quod nudum pactum ſignificare.

2. In legibus frequentiſſima fit *nudi pacti* mentio, ut in *l.10 l.28. C.de pact.l.1.C. de pact.convent.tam ſup.dot.l.45.ff.de pact* At hoc diſtinctionis cauſa fieri, quo pactum nudum à non-nudo diſcernatur, veriſimile eſt.

Et quanquam Cujacius & qui eum ſequuntur reſpondeant non ſequi; *eſt pactum aliquod nudum.* Ergo *eſt pactum aliquod veſtitum, ſive non-nudum*; perinde ut non ſequitur pupillus eſt impubes, *l.4. princip. ff. de in lit. jur.* Ergo eſt aliquis pupillus non-impubes, ſive pubes: Item pacta conventa ſunt. Ergo pacta quædam non ſunt conventa: Item morbi quidam ſunt acuti. Ergo ſunt quidam morbi obtuſi: Cum pupillus impubes; pacta conventa, morbi acuti non diſtinctionis cauſa, quaſi aliqui pupilli eſſent puberes, quædam pacta non conventa, quidam morbi obtuſi, ſed explicationis gratia dicantur. Ita quoq; non ſequatur, eſt pactū aliquod nudum. Ergo eſt pactū

aliquod

aliquod non nudum ſive veſtitum, cùm particula *nudum* non diſtinctionis, ſed explicationis cauſa addatur.

Veruntamen argumentum hoc procedit à diſparibus. 1. Quia non ſicut pactum nudum in jure multoties opponitur non-nudo; ita quoque pecta-conventa opponuntur pactis, pupilli impuberes aliis pupillis: Morbi acuti morbis obtuſis: Quanquam non malè morbi acuti morbis non-acutis opponerentur. Cùm itaque pacta quædam non ſolùm nuda dicantur, ſed aliis etiam pactis opponātur, ſequitur inde infallibiliter, additionem iſtam *nudum* eſſe notam diſtinctionis, non ſolùm explicationis. 2. Quia quòd diſtinctionis gratiā pacta dicantur nuda, luculenter & admodum perſpicuè probat, *l. 10. C. de pact. & l. 1. C. de pact. convent. tam ſup. dot.* ubi regulam iſtam, quòd ex pacto non naſcatur actio, tunc procedere ajunt Imperatores, cum pactum nudum eſt: Quæ verba luce meridiana clarius ſignificant, non omne pactum eſſe nudum; ſed quoddam non-nudum, quod non inconcinne à noſtris dicitur pactum veſtitum:

3. Idem probat quoque definitio pacti qua definitur duorum pluriumve in idem

plà-

placitum conſenſus, *l. 1. ff. de pact. l. 3. ff. de pollicit.* quæ cùm conveniat contractui, ut qui & ipſe ſit duorum pluriumvé in idem placitum conſenſus, ſequitur contractum quoq; rectè appellari contractum.

Nec ad rem facit, quod reſpondet Cujacius, contractum eſſe aliquid amplius, quàm pactum, nec eſſe ſolùm duorum pluriumvé in idem placitum conſenſum, quia ſit duorum pluriumvé conſenſus ex quo civilis obligatio naſcitur.

℞. Tametſi enim contractus ſit aliquid amplius, quàm pactum, atque definitio pacti minus contineat, quàm contractus natura complectitur; Id tamen, quod amplius contractui ineſt, pacti proprietatem è contractu eximit, ſed ſpeciem à genere diſtinguit; Perinde, ut ratio in homine generalem animalis definitionem non conſumit, aut tollit, nec etiam impedit; ſed ſpeciem à genere ſecernit, eò quod amplius aliquid eſt, quàm animalis forma. Id quod ipſe quoque Cujacius in *l. 7. ff. de pact.* de ſtipulatione affirmat: Sic verò cauſa Dialectica aliquid amplius eſt, quàm ars: Nec tamen inde ſequitur, quod Dialectica non ſit ars. Et quis in Dialectica adeò eſt hoſpes ac peregrinus, qui ignoret ſemper ſpecici plus ineſſe, quàm generi,

generi, differentiam videlicet ſpecificam, quæ ſpeciem reſtringit ac diſtinguit.

4. In *l. 10. C. de pact l. 1. C. de pact. convent. tam ſup. dot.* Imperatores id, quod dici ſolet, ex pacto actionem non naſci, tunc verum ajunt, *cùm pactum nudum eſt:* quibus verbis clarè ſignificant, pactum & pactum nudum non eſſe idem, ſed pacti appellationem latius patere, & ſeſe ultra pacta nuda ad contractus quoque extendere? Quia aliâs abſurdè dubitatum fuiſſet, an conventio de dote pareret actionem, ſi conventio ſive pactum actionem omninò non produceret. 2. Quia aliàs hæc verba: *Tunc enim hoc jure utimur, cùm pactum nudũ eſt,* fruſtra & ineptè adderentur, ſi non diſtinctionis cauſa adjicerentur, & quod præcedentis regulæ exceptionem ac limitationem contineant, perſpicuum ac manifeſtum eſt: At exceptio ſeu limitatio ſemper debet eſſe de regula. Denique ſi omne pactum eſſet nudum, ratio profecto dari nõ poſſet, cur Imperator ſubjeciſſet, tunc demùm ex pacto actionem naſci, ſi pactum nudum ſit; perinde enim eſſet, ac ſi dixiſſet tunc ex pacto actionem non naſci, ſi pactum ſit.

5. Pactum, pactio & conventio in jure ſunt ſynonyma ac promiſcuè paſſim uſurpantur,

pantur, *l 5. l 6. ff. de pact. l. 15. ff. de præſ. verb. l. 1. ff. rer perm.* Atqui contractus eſt convẽtio, *l. 1. §. 3 ff. de pa.* Quare & contract⁹ pactũ eſt.

6. Si contractus non eſſet pactum, tũ pacto non diſſolveretur, quia nil tam naturale eſt quàm unumquodq; eodem modo diſſolvi quo contractum & colligatum eſt, *l. Nihil tam de R. I.* Atqui contractus õmnes qui cõſenſu perficiuntur, ſi nihil aliud intervenerit, pacto diſſolvuntur, *l. Ab emptione, 58. ff. de pact.* Igitur contractus eſt pactum conventum.

7. Idem quoq; ſatis dilucidè probat, *l. 20. C de pact.* In qua Diocl. & Maximin. in hæc verba reſcribunt: *Traditionibus & uſucapionibus, non nudis pactis dominia rerum transferuntur.* Quo in loco appellatione *pacti* cõtractus quoq; contineri exinde probatur, quod dominia non magis per cõtractus, quàm per pacta nuda transferri poſſint, *l. 3 ff. de obligat. & Act.*

Nec refragatur quod regerit Borcholt. *d. l. 20.* eſſe ad certam facti ſpeciem & ad conſultationem Imperatoribus propoſitam, reſcriptam & accommodatam atque ideo Imperatores de pacto nudo reſpondiſſe, quia de nudis pactis fuerint conſulti: Proinde licèt per contractus etiam rerum dominia transferantur; de

de illis tamen Imperatores, ad propoſitam conſultationem ſeſe accommodantes, reſpondere noluiſſe.

℞. Sed hæc conjectura & divinatio eſt.

Nec magis argumentum noſtrum infringit, quod *d.l.20.* de nudis loquatur pactis: Contractus autem non ſit nudum pactum, *d.l.10. C.de pact.*

℞. Nuda enim pacta hîc non dicuntur ea, quæ neque nomine proprio ac ſpecifico, neque ſynallagmate ſunt veſtita; Verum ea nuda appellantur pacta, quæ à traditione nuda ſunt. Cùm enim pacta nuda in ea, *l. 20.* opponantur traditionibus; ideo ex adjuncto & comparatione ea nuda neceſſariò intelligenda ſunt pacta, quæ ab ea re ſunt nuda, cui opponuntur; perinde, ut nuda voluntas traditioni oppoſita ea intelligitur, quæ traditionem adjunctam non habet, §. *Interdum, I.de R. Diviſ.* Et nuda conventio in pignore ea eſt, qua convenit, ut res pignori ſit ſine ulla traditione, *l.1.ff.de pign.act.* Ex hiſce itaque rationibus liquidò probari videtur, pactum non eſſe idem, quod pactum nudum, ſed ab eo differre, ut genus à ſpecie, atq; ſub ſe pactum nudum, ſive pactum in ſpecie ita dictum, & contractum complecti: Reſpondendum nunc eſt ad contraria argumenta.

Diſ-

Diſſolutio contrariorum.

Ad primum reſp. Majorem ejus propoſitionem non eſſe univerſaliter veram de quovis pacto, ſed de pacto ſolũ nudo, *l.* 10. *C. de pact. l.* 1. *C. de pact. convent. tam ſup. dot.* In quibus textibus clarè ſignificatur, quòd aliàs dici ſolet, ex pacto actionem non naſci, tũc eſſe verum, cùm pactũ nudum eſt: Deinceps putat Gœddæus propoſitum argumentũ & ideo parùm ſtringere, quòd obligatio & Actio non conſtituant formam ac ſubſtantiam contractus. Et quòd etiam ex pacto naſcatur actio, putat Donellus ex eo probari, quòd conventio de pignore pactum ſit, & tamẽ actio exinde jure honorario naſcatur, *l. ſi tibi* §. *de pignore. ff. de pact.*

Secundo argumento ſatisfactum eſt ſuprà in argumento tertio, pro noſtra opinione adducto, ubi dictum fuit, quòd licèt contractus amplius quippiam, quàm conventionem ſive conſenſum, cõtineat, non tamen propterea deſinat eſſe pactum. Nec etiam dicitur, in *d. l.* 1. quòd pactum nihil ſit, niſi conſenſus: Et quanquam id ibidem diceretur, non tamen propterea negandum foret, contractum eſſe pactum: ſic enim & animal nihil a-

liud eſt, quàm corpus vivens ſentiens, & tamen homo, qui amplius quid eſt, animal nihilominus rectè dicitur: ſpeciei ſemper plus ineſt quàm generi: nempè differentia ſpecifica, ut hoc è ſchola Dialecticorum eſt notiſſimum.

Ad Tertium reſpondetur: primò contractum ſocietatis appellari pactum conventum, *in d.l.71.ff.pro ſocio.* Et quanquam nullibi in jure contractus pacti appellatione inſigniretur, ex eo tamen firmiter concludi non poſſet, contractum pactum non eſſe: Nam ſic contractus non facilè fortaſſis conventio in legibus appellitari reperietur, interim tamen, quin contractus ſit conventio, dubium planè nullum eſt. Denique quamvis contractus in jure nullibi diceretur pactũ, ſufficeret tamen rem ipſam in jure extare, & contractum pro pacto reputari. Cùm maximè nec cõtrarium ex jure pateſcat. Et cur contractus raró pactum nominetur, hæc ratio eſſe videtur, quòd contractus in nomen proprium ac ſpecificum tranſeat, nec in generis ſui nomine perſiſtat, *l.7.§.1.ff. de pact.* quodque melius ac commodius viſum fuerit proprio eum nominare nomine, quàm eo, quod ipſi cum cæteris conventionibus nudis eſſet commune.

Ad

Ad Quartum reſpondeo: primò ſupra evidenter fuiſſe demonſtratum, pacti hãc generalem eſſe & amplam ſignificationẽ, ut tam contractui, quàm nudo pacto in legibus accommodetur. Præterea non eſt opus ut in legibus diſertè exprimatur, unum idemq; verbũ & in genere & in ſpecie diſtinguendi ac docendi gratia, accipi poſſe; ſed ſufficit rem ipſam hoc indicare: Quod enim uno in loco lege decernitur, commodã occaſionem præbet, ut id in alio ſimili imitemur, *l. Nam ut ait, ff. de Leg.*

Ad Sextum ℞. Non eſſe novum ut verbum generale quandoq; ad unam ſpeciẽ reſtringatur, atq; de ea, tanquã illius nomen proprium, frequentius prædicetur: Etenim adoptionis nomen, quantumvis generale *pr. I. de adopt.* reſtringitur ad ſpeciẽ, ad adoptionem, inquam, ſimplicem deeáque, quaſi proprium ejus ac ſpecificum nomen ſexcẽtis in locis prædicatur: Et tamen quin arrogatio quoque nihilominus ſit adoptio, nemo dubitat. Quare etſi nomen pacti ad ſpeciem, ad pactum ſcilic. nudum, quod nihil aliud eſt, quàm pactũ, reſtringatur, de eoq; frequẽtius uſurpetur, ita ut in dubio appellatione pacti hoc pactum nudũ ſignificari intelligatur; inde tamen non ſequitur, quod pacti

nomen ad contractum ſeſe non extendat; cùm præſertim id perſpicuis juris textibus demonſtretur, de quibus paulò ſupra.

Ad Quintum reſp. In quibus locis pactum contractui opponitur, & à contractu diſtinguitur, iis hoc tantùm ſignificatur, contractum non eſſe idem, quod pactum, ſed à pacto differre, ut ſpecies differt à ſuo genere. Quæ ſanè differentia non impedit, quò minus contractus rectè dicatur pactum: quandoquidem genus, quod à ſpecie differt, de ſpecie ſua ſemper prædicatur: ſic enim, v. c. etſi animal ab homine differat; homo tamen rectè animal dicitur: Et licèt pactio vel conventio differat à contractu, quemadmodum genus differt à ſpecie, rectè tamen contractus pactio, vel conventio appellatur. Denique oppoſitio iſta, quæ fit inter pactum & contractum, non eſt generis & ſpeciei, ſed ſpecierum ejuſdem generis: opponitur quippe contractui non quodvis in genere pactum; ſed pactum, quod in ſpecie ſic dicitur, & à nobis pactum nudum appellatur: perinde ut adoptio, quando arrogationi opponitur, non intelligitur adoptio in genere quævis, ſed adoptio ſimplex, vel adoptio in ſpecie ſic dicta.

Ad

Ad Septimum, Reſp. Diviſio iſta pacti in reale & perſonale, quæ habetur, *in l.7. §. pactorum, ff de pact.* idcircò ad cõtractum accommodari non poteſt, quia non eſt diviſio generalis pacti; ſed pacti ſolùm ejus, quod eſt de non petendo: ut ita, ſi argumentum ſuperius quicquam concluderet, ſequeretur ex eo, nullam omninò conventionem eſſe pactum, præter eam, qua id agitur, ne petatur, ut cui ſoli propoſita diviſio applicari poſſit.

Ad Octavum: Reſp. Edictum prætoris de pactis, quo prætor ſe pacta ſervaturum pollicetur, *in l.7 § Ait, prætor. 7 ff. de pact.* ad contractus æquè atq; ad pacta nuda ſpectare, & ad quasvis conventiones pertinere, quia eo edicto prætor non ſolùm pollicetur, ſe pacta ſervaturum; ſed etiã edicit, *ſe pacta non ſervaturum*: Ea ſcilicet pacta, quæ ſint contra leges, contra bonos mores, aut dolo ſint inita, aut metu extorta: Sic enim edictum hoc interpretatur Ulpianus, *in d. l.7. §. 9.* 14. 15. *&* 16. *ff. eod.* Quin autem hoc ad contractus quoque ſpectet, dubium eſſe non poteſt: Nam nec contractus, qui dolo malo ſunt extorti, ſervari debent, *tot. tit. ff. & C. dolo, l.5. C de Reſcind. vend.* Nec contractus, qui à jure communi remoti, vel legibus con-

trarii ſunt, ullo tempore obſervari debent, *l. 5. C. de legibus.* Similiter cōtractus, qui bonis moribus ſunt contrarii, non ſunt ſervandi, *l. generaliter, ff. de verb. obligat.* Sic autem prætor ejuſcemodi contractus non ſervat, quando vel actionem ex illis poſtulantibus denegat, vel exceptionem adverſus eos concedit. Quin etiam prætor rectè dicitur contractus ſervare, quando vel actori dat adverſus reum excipientem & à contractu recedere volentem, replicationem, vel etiam actionem eidem concedit. Tametſi enim actio ex contractu jure civili naſcatur, ſine ope & adjumento prætoris; uſitatum tamen olim fuit, ut prætor litigaturis actionem, legibus ac jure civili proditam accommodaret, iiſdemq; formulam agendi preſcriberet, ſicut prætor actionem ex commodato, quæ alias civilis eſt, ſe daturum pollicetur, *in l. 1. ff. commodati.* Et actionem depoſiti, quę itidem ex legibus deſcendit, ex contractu depoſiti, *l. 1. ff. depoſiti.*

Ad Nonum reſpondetur: In titulo de pactis non ſolùm de pactis, quæ ſunt de non-petendo, tractari, ſed de aliis etiam pactis, quæ ſunt de petendo, id quod vel ſolum prætoris edictum de pactis, *in l. 7. §. ait prætor.* propoſitum ſatis evincit. Quod

autem

autem præcipua tractatio ſub eo titulo eſt de pactis de non petendo, id non ita accipi oportet, quaſi aliæ conventiones pacta non ſint; alioquin conſequens foret, præter pacta de non petendo alia non eſſe; ſed idcircò id fieri putandum eſt, quia maxima pars eorum pactorum, quæ ex edicto prætoris valent, ad exceptionem pariendam ſit comparata.

Ad Decimum ℞. Exceptionem, quæ ex contractu naſcitur, quaque reus ſeſe adverſus actorem tuetur, æquè pertinere ad moram judicio afferendam ac reum defendendum, atque ea, quæ ex pacto proficiſcitur.

Ad Vndecimum ℞. Pacti voculam non quidem ab ipſo nomine verbali pactionis eſſe deductã ſignificari ab Ulpiano *in d. l.* 1. § 1 Neq; hinc colligi, generalem magis pactionis, quàm pacti ſignificationẽ eſſe; ſed ex ipſo paciſcendi actu, qui ſignificantiùs & propriè magis verbali nomine deſignetur, pactum inde ſubſiſtere, Jctum indicare voluiſſe: Nec ſecus quam teſtamentum à teſtatione dictum eſt, eò quod in illo aliquid teſtatum relinquatur, § 1. *I. de teſtam.* Et damnum à demptione appellatum, quia non aliter contingat damnum, quàm ſi quid dematur, *l. 3. ff. de*

damn. infect. Neque tamen ut ex locis iſtis juxta regulas derivationis vocabulorum, unde nam præſens hæc pacti notatio proceſſerit, tradere voluerunt Jcti; ſed magis dictionis vim & ſignificatum ab eo, ex quo id, quod ſignificatur, conflatum eſt, ducere & aperire, ut hæc à teſtando & demendo ducta eſſe nemo ambigit. Verbalia autem iſtiuſmodi nomina, tametſi ipſam, ut ita dicam, negotii geſtionem utplurimum ſignificent, non ideò tamen minus & pro eo, quod ex negotio geſto reſultat & exiſtit, ſumi ſolent.

Ad ultimum, reſp. Quamvis pactio à pacto proprietate ſermonis videatur differre, ut cauſa ab effectu, ut prius à poſteriore: In jure tamen noſtro hæc confundi ac promiſcuè uſurpari, ut & alias non novum, nec inſolens eſt, cauſam poni pro effectu.

QUÆSTIO XI.

Quomodo pactum nudum rectè definiatur?

PActum nudum non uno modo ab interpretibus definitur. Sunt enim quidam, qui nudum pactum definiant ex *l.* 1. *ff. de pact. quod ſit duorum pluriúmve in idem placitum & conſenſus.* Ita Cujacius *in l.* 1 *ff. de pact.* Borcholt *de pact. c.* 1. Opinantur

tur quippe omne pactum eſſe nudum. Sed vitioſa eſt hęc definitio, 1. Quia latior eſt ſuo definito, & contractui etiam, à nudo pacto diverſo, aptari poteſt: Contractum enim eſſe duorū pluriúmve in idem placitum & conſenſum, quis ignorat? Eſt proinde hæc definitio non nudi pacti propria nec ſpecifica, ſed generica, 2. Quia definitio iſthæc eſt pactionis; At pactionem & pactum eſſe diverſa, ipſe Cujacius ſtatuit.

Secundò Jaſon definit pactum nudum, quod *ſit promiſſio, quæ fiat non præcedente interrogatione.*

Sed laborat & hæc definitio 1. Quia non ſatis diſcernit pactum à pollicitatione, quæ & ipſa eſt promiſſio ſine interrogatione, *tot. tit. ff. de pollicit.* 2. Quia non ſecernit pactum à contractibus innominatis, & ne à nominatis quidem pleriſq;, in quibus non tam ordo interrogationis & promiſſionis, quàm ſynallagma rerum & conſenſus conſiderantur 3. Quia etiam nudum pactum fieri poſſe interrogatione & reſponſione, ipſe Ulpianus luculenter teſtatur *in l.* 1. §. *quod ferè, ff. de pact.* ubi *quod ferè*, inquit, *noviſſima parte pactorum ita inſeri ſolet: Rogavit Titius, ſpopondit Mævius; hæc verba non tantùm pactionis loco*

accipiuntur; ſed etiam ſtipulationis; ideoque ex ſtipulatu naſcitur actio; niſi contrarium ſpecialiter adprobetur: quod non animo ſtipulantium hoc factum eſt, ſed tantùm paciſcentium.

Tertiò Matth. Weſenbec. *in paratit. l. de pact. n.* 2. definit nudum pactum quod ſit, *nuda conventio, quæ nullũ ſynallagma ſeu mutuam obligationis cauſam habet ſuper re certa facta nullam producens jure civili actionem, ſed edicto prætoris ad excipiendum accõmodata.*

Quæ definitio & ipſa non videtur ſubſiſtere, quia longè eſt ſtrictior ſuo definito, cùm pactum legitimum, quod & ipſum eſt nudum & ad actionem producendam efficax, excludat.

Quartò Gomezius definit pactum nudum quod ſit, *duorum pluriumvé in idem dandum vel faciendum alteri ab altero conſenſus, verbis expreſſus animo obligandi;* Et ita etiam Alciat. *in Rubr. tit. de V. obl. col.* 1.

Verùm & hæc definitio vitioſa videtur, 1. Quia eſt ſtrictior ſuo definito, nec pactum tacitum, quod non minus pactum eſt atque expreſſum, *l.* 4 *ff. de pact.* continet, 2. Quia etiam contractibus poteſt accommodari, atque hoc reſpectu latior eſt ſuo definito, 3. Quia non omne pactum obligationem producit, non certè pactum de non petendo.

Quintò

Quintò Græci, Cujacio teſte, pactum definiunt quod ſit, *cum neque datione aut facto ullo præcedente convenerit tantùm de dando vel faciendo.*

Rejecit eam Cujacius, quia etiam ſtipulationi cõgruit. Quin & ideo rejicienda videtur quod contractibus conſenſualibus, qui & ipſi ſolâ conventione, nullo facto aut datione præcedente perficiuntur, *tot. tit. I. de obligat.* quæ ex conſenſu, æquè conveniat.

Sextò Cujacius *in paratit. C. de pact.* definit pactum nudum *conventionem, cujus nullum neque nomen proprium ſubeſt, neq; ſynallagma:*

Treutlerus, quod ſit *conventio nudo placiti fine conſiſtens:* Utraque bona eſt, & verbis ſolùm diverſa, re ipſa eadem.

Nec obſtat, ei quod conveniat contractui emptionis, venditionis, & conſimili alii, qui ſolo ac nudo conſenſu perficitur: R. Nã emptio vẽditio nequaquam in nudo placiti fine perſiſtit ſed tranſit in proprium nomen contractus, *l. 7. pr. ff. de pact.*

Quæstio XII.

Pactum nudum quomodo differat à pollicitatione, & an promiſſio præſenti & tacenti, in ejus commodum facta, ſit pollicitatio, an verò pactum nudum.

QUid pollicitatio à pacto differat, accuratè docet Ulpianus *in l. 3 ff. de pollicitat.* quando in hæc verba ſcribit: *Pactum eſt duorum conſenſus atq; conventio: Pollicitatio verò offerentis ſolius promiſſum.* Hinc Interpretes promiſſionem præſenti & tacenti, in commodum & utilitatem ejus factam, non pollicitationem, ſed pactum eſſe contendunt: Ita Baldus *in l. ſenium. C. qui teſt. fac. poſſ.* Alciat. *in rubric. de V. Oblig.* Cagno. *in rubric. Cod. de pact. n.* 18. Johann. Bolognettus *in rubric. C. de pact. n.* 36. Sichardus *in rubr. C. de pact.*

1. Pactum, inquiunt, eſt duorum conſenſus, *l. 1. §. 1. ff. de pact.* etiam tacitus, *l. 2. l. 3. & l. 4. ff. eod. tit.* Atqui ex præſentia & taciturnitate, quādo de commodo & utilitate tacentis agitur, conſenſus colligitur, qui enim præſens tacet, conſentire intelligitur, quotiens actus ad favorē & commodum alicujus pertinet, *l. qui patitur. ff. mandati.* In qua JCtus, *Qui patitur,* ait, *ab alio mandari, ut ſibi credatur, mandare intelligitur.*

2. In *l. Si remunerandi, § ſi paſſus, l. qui fide. ff. mandati, l. ſi fidejuſſor. C. eod. tit.* Etſi inter creditorem & debitorem intercedat actus fidejuſſionis, ſitque ille perfectus: Attamen inter debitorem, qui paſſus eſt

fide,

fidejubere & creditorem nihil eſt actum; imò nec inter debitorem & fidejuſſorem, & tamen patientia debitoris conſenſum arguit.

3. In *l. donationes. §. ſpecies, ff. de donat.* Præſentia & patientia filiæ operatur conſenſum & approbationem donationis à matre ſibi factæ: proponitur enim illîc, ſpecies extra dotem à matre, filiæ nomine, viro traditas, intelligi filiæ præſenti & tacenti donatas.

4. Regula eſt juris Canonici & civilis quod is, qui tacet videatur conſentire, *C. qui tacet, de R. Iur.* Quæ regula locum habet ſolùm, quādo de tacentis commodo agitur, ſecus cum de damno, *l. filius fam. §. Invitus. ff. procurat. l. pen. ff. de furt.* Cæterùm quod promiſſio præſenti & tacenti facta non ſtatim incipiat eſſe pactum nudum, nec per hoc ipſum deſinat eſſe pollicitatio, defendunt Connan. 5. *com.* 8. Andr. Fachin. 8. *contr.* 64. Duaren. *ad l.* 1. *ff. de donat.* Decius *ad Rubric. C. de pact.*

1. Quia verba definitionis debent accipi in caſu vero & proprio: In definitione igitur pacti per conſenſum intelligitur verus conſenſus: At talis non eſt, qui ex præſentia & patientia colligitur; ſed eſt conſenſus duntaxat fictus & præſumptus:

ptus: Quocirca non eſt aptus ad cauſandum pactum.

2. In *l. 1. de pact.* & *l. 3. de pollicitat.* pactum definitur duorum plurímve conſenſus: Atqui is qui ex præſentia & taciturnitate colligitur, non videtur aptus & idoneus ad pactum, cùm ille ſit tacitus, quo pactum non conficitur *l. 2.* & *l. Creditores C. de pact.*

3. In *l. Ex pollicitatione. ff. de pollicit.* pollicitatio dicitur cū quis promiſit præſenti & tacenti. Igitur talis promiſſio præſenti & tacenti facta nō eſt pactum. Quod autē ibi præſenti & tacenti facta fuerit promiſſio, id ſignificare videtur hæc verba: *apud Remp. fecit*, q̄ ſic exponuntur, i. e. apud officiales Reipubl. qui ipſam Rēpublicā repræſentant, *arg. l. is apud quem C. de edend.*

4. In *l. 1. §. ſi ſtipulanti, ff. de V. oblig.* ſi tibi ſtipulanti decem promitto 20, obligatio contrahitur duntaxat in decem, nec, tacente ſtipulatore, in alia decem naturaliter obligor pacto nudo: At hoc fieret utique, ſi ad pactum nudum ſufficeret conſenſus ille præſumptus, qui ex præſentia & taciturnitate colligitur.

5. Qui tacet non dicitur conſentire, nec diſſentire, ſed tenet medium, *l. qui tacet, de R. Iur. cap. is qui tacet, de R. Iur. in ſext.*

Atqui

Atqui pactum requirit conſenſum: Ergo promiſſio facta tacenti & præſenti, non eſt pactum, ſed pollicitatio.

6. Cùm promittere & ſpondere reſpiciat commodum ejus, qui præſens eſt & tacet, ejuſq; in poteſtate eſt apertius voluntatem ſuam declarare, ideo in dubio contra ipſum ſumi debet interpretatio, quaſi non conſenſerit, juxta *l. veteribus. ff. de pact.*

7. Porrò cum fieri poſſit ut præſens exiſtimet, id quod ab altero, promiſſore ſibi offertur, acceptare, non è re & utilitate ſua futurum, aut quia beneficium accipiendo libertatem vendere nolit: proinde eum, qui tacet, non ſtatim offerenti ac promittenti conſenſiſſe videbitur.

Equidem etſi lubens agnoſcā argumenta hactenus adducta exigui eſſe ponderis, nec ad hāc ſtibiliendam ſententiā ſufficientia, ut etiam hoc prolixè oſtendit Jacobus Menochius 3. *præſumpt.* 42. Hanc tamen poſteriorē ſententiam veriſſimā eſſe judico, ex hac potiſſimum ratione, ꝙ conſenſus nō ſtatim pactū efficiat: nec pollicitatio unius duntaxat voluntate cōſtet, ſed utriuſq; etiam conſenſu conſtare poſſit: proinde cū Fr. Connano ſic ſtatuo: In pollicitatione quoq; eſſe duorū conſenſum,

ſum, verum non declaratum, niſi ab eo, qui promittit alteri tacenti & non roganti: In pacto verò non ſolùm ineſſe conſenſum duorum, ſed etiam conventionem de eo, quod utriuſq; verbis conventum eſt & concluſum, ut id fiat: Et pactum eſſe cum plures hoc agant & in eam decurrant ſententiam, ut quid fiat aut nō fiat: Pollicitationem verò, cùm quid alicui non petenti promittitur, cùm de eo antea ne cogitatum quidem eſſet: ſic tamen ut duorum inſit conſenſus, quod is, cui facta eſt promiſſio, non reclamat, ſed promiſſis acquieſcit.

Solutio contrariorum.

Ex his jam non eſt difficilis reſponſio ad prioris opinionis fundamenta: Nam hoc ſolùm probant, quod eo caſu, quo quis tacenti ac præſenti rem aliquā promittit, intelligatur conſentire tacitè is cui promittitur, adeoque conſenſus utriuſque ſubeſſe: Verùm ex eo non ſequitur quod non pollicitatio, ſed pactum ſit factum: Cùm, ut modò fuit oſtenſum, etiam pollicitatio mutuo poſſit conſtare conſenſu; Non obſtante *l. 3 ff. de pollicitat.* Nam ibi non dicitur pollicitationem eſſe ſolius offerentis conſenſum; ſed eſſe unius promiſſum.

Quæ-

QUÆSTIO XIII.

Quanam vera ſit & perfecta contractus definitio?

NUnc de altera pacti ſpecie, nempe de contractu, ſeu pacto non nudo dicendum & quidnam ſit? declarandum. In hoc verò mirè diſſentiunt Interpp. plærique enim contractum exiſtimant definiri, *in l. Labeo, 19. ff. de V. obligat.* Ubi Labeo ait, *Contractum eſſe ultro citroq; obligationem.*

Sed ab aliis hæc definitio rejicitur, 1. Quia eſt ſtrictior ſuo definito, nec omnẽ contractum complectitur, totumque definitum exhaurit. Contractus ſiquidem, una ex parte obligationem producens, expreſsè excluditur, qui tamen non minus contractus eſt, quàm qui utrinq; obligationem parit, ut de mutuo & ſtipulatione conſtat; qui non ſolùm veris ac propriis contractibus annumerantur, *l. Ex hoc jure, ff. de Iuſt. & Iur. l. 23. de R. Iur. l. 9. de Reb. credit. l. 1. & 52. ff. de obligat. & Act. l. 80. de ſolut. §. fin. I. de obligat. junct. tot. tit. I. de obligat. quæ re contrahuntur & tit. I. de V. obligat.* Sed etiam quaſi & impropriis contractibus apertè opponuntur, *pr. I. de obligat. quæ quaſi ex contract.* 2. Quia in deſcriptione Labeonis, loco generis, ponitur definiti

niti effectus, obligatio ſcilicet. Hoc autem contra regulas dialecticas & bonæ definitionis leges.

Et quanquam Goddeus hoc modo excuſari exiſtimet prędictam definitionem, quòd cõtractus à Labeone definiatur per formam & genus ſubintellectum; ſic ut illa verba *ultro citroq́;* referantur non ad *obligationẽ* ſed ad ſubintellectum genus *conventionem*, quaſi Labeo ſcripſiſſet *contractũ eſſe conventionem ultroq́; citroq́; negotium habentem obligationem producentem.* Quod autem verba *ultro citroq́;* nihil aliud denotẽt quam cauſam ſive negotium, probari videtur *l. 19. mandat.* §. 2. *I. de oblig. quæ quaſi ex delict. l. 7. ff. de pact. l. 6. §. rationem ff. de cadend.* Veruntamen explicatio hæc non ſolùm divinatoria, ſed nimis etiam dura videtur, propter crebras ellipſes, quæ certè ſine magno vitio in definitione admitti nequeunt, propterea q; definitio ſit prodita ut rem definitã declaret, quod per ejuſmodi definitionem, tot ellipſes continentẽ, vix fieri poteſt. Ad hæc adductæ leges minimè probant *ultro citroq́;* nihil aliud ſignificare quã cauſam & negotium: Siquidẽ *in d. l. 19. ff. mandat.* hoc ſaltem ſignificat JCtus, quod actio mãdati ex utraque parte tam mandatori quàm mandatario

tario competat, 3. Quia ſi propoſitum fuiſſet Labeoni *in d.l.* 19. omnẽ definire contractum, ſtipulationem ſanè & mutuum, quos veros eſſe contractus ſupra demonſtratum fuit, à cõtractu malè illîc diſtinxiſſet: Hoc autem cùm fecit, ſatis apertè ſignificavit, non ſe omnem, ſed certam duntaxat contractus ſpeciem, definire.

Nec refragatur nobis authoritas Ulpiani & Labeonis qua *d.l.* 19. nititur: Quandoquidem certum eſt, Labeonem in iſta *l.* 19. noluiſſe omnem definire contractũ, nec contractum definire voluiſſe ex ſua natura, atque ex proprietate verbi, vel ex uſu juris authorum; ſed voluiſſe tantùm declarare mentem prætoris urbani, cujus edictum ipſe fuerat interpretatus. Cum enim hæc verba *Actum*, *contractum*, *geſtum*, conjunctim in edicto legerentur, Interpretatus eſt ea Labeo ex inſtituto loquentis, atq; ideo cum prætor verbum *Contractus* ſpecialiter pro eo cõtractu, qui ex utraq; parte obligationẽ parit, uſurparet, atq; ſic vocabulũ hoc ab uſitata & generali ſignificatione ad certam ſpeciẽ reſtringeret, voluit Labeo, ex mente prætoris, contractum *ultro citroq; obligationẽ* definire: Nec tamẽ dici poteſt propriè & logicè contractum à Jcto fuiſſe definitum;

ſed

ſed potius leviter & qualitercunque deſcriptum, poſito, per metonymiam, effectu pro cauſa, id eſt, obligatione pro conventione, unde illa naſcitur.

Secundò itaque alii definiunt contractum, quod ſit *Conventio habens negocium vel cauſam*, ex *l.* 7. § 2 *ff. de pact. l.* 15 *ff. de praeſcrip. verb.* Cùm omnis contractus, Ulpiano teſte, in ſe habeat conventionem, *l.* 1. §. 3. *ff. de pact.* nec ullus ſit contractus, qui non contineat cauſam ſeu negocium, *l.* 7. §. 4. *ff. de pact.* ubi cum dicat Ulpianus, quando nulla ſubeſt cauſa, non poſſe cõſtitui obligationem, ſequi videtur, ad hoc, ut conſtituatur obligatio, & fiat contractus, requiri conventionem & ſynallagma.

Sed nec hæc definitio toleranda videtur, quia eſt ſtrictior ſuo definito, cùm non omnis contractus habeat ſynallagma; id quod inde probatur, quod *in l.* 7. §. 1. *&* 2. JCtus conventiones eas, quæ actiones pariunt, ſcribit aut aſſumere nomen proprium, aut ſynallagma continere: adeoque duas notas conſtituit, quibus contractus à pacto nudo diſcernatur, quarum tamen non utraq; ſimul deſideretur, ſed alterutra illarum ſufficiat: utitur enim JCtus particula disjunctiva aut.

Quia

Quin etiam exinde probatur, quod cauſa ſeu ſynallagma conſiſtat in actuali datione vel facto, qua aliquid ita detur vel fiat, ut viciſſim pro eo, quod factum & datum eſt, aliquid detur, aut fiat, *d.l.7 §.2.d.l.15. ff.de praſcr.verb.* Atqui in contractibus, qui conſenſu perficiuntur neutrum intervenit, *tot.tit.I.de obligat.qua ex conſenſ.l.1.de rerum permutat.* Nec contrarium probant ſupra adductæ, *l 7.§ 4.ff. de pact.& l. 15.de præſcript. verbis*: Quod enim illîc dicitur obligationem conſtitui non poſſe, ubi nullum ſubſit ſynallagma, id verum eſt de contractu innominato; Hic enim cũ non aſſumat certum, proprium ac ſpecificum nomen; ſed in nomine generis ſui acquieſcat, ideo niſi ſynallagma & cauſam contineat ad obligationem pariendam, ut nudum pactum, planè erit ineptus.

Tertiò, contractum definit Theophilus *in tit. Inſtit.de oblig.in fine* Quod ſit *duorum pluriúmve in idem conventio & conſenſus ad conſtituendam obligationem, & ut alter alteri fiat obnoxius.*

Verùm diſplicet hæc quoque definitio 1. Quia etiam pacto nudo cõvenit; Nam & hoc eſt conventio duorum pluriúmve ad obligationem conſtituendam, & qui paciſcuntur ſolent convenire & conſentire

ſentire in idem ad conſtituendam obligationem, & ut alter alteri fiat obnoxius. 2. Quia alio reſpectu eſt ſuo definito ſtrictior, ut quæ contractum duntaxat ultro citroq; obligatorium comprehẽdat illis verbis *ut alter alteri fiat obnoxius*, 3. Quia hæc verba *ad conſtituendã obligationem* ſunt ſuperflua, cùm hoc idem ſatis exprimatur verbis ſequentibus, *ut alter alteri fiat obnoxius*: ſiquidem obligatione conſtitutâ, non poteſt non alter alteri obligari.

Quartò, Jacobus Cujacius *in l. 7. ff. de pact.* contractum definit, quod ſit *conventio & negotium ex quo obligatio contrahitur*: Sed vitioſè, 1. Quia competit nudo etiam pacto legitimo, unde itidem obligatio civilis & actio naſcitur, *l. 6. ff. de pact.* Et quã-quam Henricus Bocerus reſpondeat verba, *ex quo obligatio contrahitur* diſcernere pactum legitimũ à contractu, nec ei convenire poſſe, quia ſignificent ex ipſo contractu abſque juris civilis confirmatione obligationem naſci, cum tamen pactum legitimum nõ ſua virtute, ſed legis civilis cõfirmatione obligationẽ producat. Veruntamen verba iſta *ex quo obligatio naſcitur* hoc modo exaudienda eſſe, ex definitione Cujacii ſanè non relucet, & ſi hic illorũ eſt ſenſus, tum profectò valdè obſcura ſunt,

ra ſunt, nec rem definitam ſatis declarāt, quod tamen officium eſt definitionis, 2. Quia in definitione ipſa vocabulum *obligatio* ſupervacuè & abundanter ponitur. cum ex eo, quod præcedit, *contractū nempè continere negotium* ſatis intelligatur contractum parere obligationem, cùm obligatio civilis neceſſarium conſequens ſit negotii, *l.7.§.2.ff.de pact.* 3. Quia Cujacius loco generis ponit *Negotium*, cum tamen illud non genus ſit contractus, ſed ejus forma & differentia ſpecifica.

Quintò, contractus ab eodem Cujacio *in paratit. C. de obl. & Act.* definitur quod ſit, *conventio quæ propriū & legitimum nomen habet; vel quæ nomine deſtituta datione tamē vel facto aliquo ſumſit effectū.* Quā Bocerus quidem rejicit, propterea ꝙ in acceptilationem incidat, quæ itidē conventio eſt, propriū & legitimum nomen habens, quam tamen non contractū ſed diſtractum eſſe conſtat: ſed Authore Weſenbecio *in parat. de pact. n.* 4. acceptilatio eſt pactum legitimum: pacta autē legitima nomen certum & civile nō habent. Quare nec acceptilatio nomen certum habebit, ſed id ꝙ habet, ſaltem naturale eſt. Hanc proinde definitionem Cujacii ſatis aptam judico, & ſub finem hujus quęſtionis pluribus oſtendam.

Sextò,

Sextò, Henricus Bocerus contractum definit quod ſit, *conventio obligatoria proprià ſua vi abſque juris confirmatione obligationem ad agendum efficacem producens.*

Cæterùm nec hæc definitio ſuſtineri poteſt, propterea quod verbum *obligatori* planè ſit ſupervacuum cum nulla conventio poſſit ad producẽdum obligatio nem eſſe efficax, quæ non ſit obligatoria

Septimò, Hieronymus Treutlerus *in diſput. de pact. theſi* 1. *& in diſputat.* 20. *vol.* 1 *theſi* 1. Contractum definit, quod ſit *conventio cum cauſa, hoc eſt, negocio, qua per ſe ſine juris adminiculo efficax eſt ad actionem producendam.*

Quæ & ipſa definitio vix ſuſtineri poterit, *1.* Quia non omnis contractus habet negotium, ut de contractibus, qu conſenſu perficiuntur, conſtat 2. Qui verba illa, *quod per ſe ſine juris adminicu* ſunt otioſa & ſupervacua, cùm omnis cõ ventio negotium civile habens ſua natu ra & per ſe, ſine ullo juris civilis admin culo, producit obligationem & action *l.* 7. §. 1. *&* 2. *ff. de pact.*

Octavò, definitur contractus, quod *Conventio habens cauſam ſeu negotium civi vel ſynallagma, aut eo deficiente, nomen proprium ac legitimum.*

Atq

Atque hæc definitio cum altera illa Cujacii reipſa convenit, & mihi omnium videtur eſſe perfectiſſima: ſiquidem genere conſtat legitimo & differentiâ ſpecificâ, adeoque partibus legitimæ definitionis eſſentialibus. Etenim contractum eſſe *conventionem* extra omnem dubitationis aleam poſitum eſt, *l. 1. §. 3. ff. de pact.* quod autem conventiones, quæ actiones pariunt, aut nomen & cauſam ſimul habeant, aut ſolam cauſam ſeu negocium contineant, conſtat ex *l. 7. pr. §. 1. & 2 ff. de pact.* Illud non expeditum, quod dixi *contractus quoſdam cauſa ſeu negocio deſtitui.* 1. Quia nomen ſolum non conſtituit contractum, quoniam ex emptione venditione non poteſt naſci actio, niſi res ſit tradita, *l. Iulianus, §. offerri, ff. de act. empt.* 2. Quia nulla ſic foret differentia inter contractus iſtos, qui ſynallagmate deſtituuntur, & pacta legitima; cùm & hæc nomen habeant ſpecificum & proprium à lege. 3. Quia nomen ſolùm tantam vim non habet, ut civilem obligationem & actionem producat. 4. Quia & conſenſuales contractus ſynallagma cōtinent: ſiquidem & in illis hoc agitur, ut aliquid detur, quo quid viciſſim detur aut fiat. 5. Quia contractus *in l. 19. de V. ſignif.* ſic generaliter definitur, quod ſit ultro citro-

que obligatio ſeu ſynallagma. Plæriq; itaque juris interpp. ſtatuunt, omnem cõtractũ continere ſynallagma: At Ego cõtra cum Hotomanno contractus ſolùm reales nominatos, & innominatos quatuor, ſynallagma habere ſtatuo. 1. Quia ſynallagma eſt cũ do quid, ut viciſſim quid des, aut cum facio, ut des, aut cum do, ut facias, aut cum facio, ut facias, *l.7.§.2 ff. de pact.* ubi Ulpianus in hæc verba ſcribit: *Sed ſi in alium contractum res non tranſeat, ſubſit tamen cauſa eleganter Ariſto Celſo reſpondit eſſe obligationem; Vt puta dedi tibi rem, ut mihi Stichũ dares, dedi, ut aliquid facias hoc ſynallagma id eſt contractum eſſe & hinc naſci civilem obligationẽ.* Synallagma proinde in datione vel facto conſiſtit: Jam verò cõtractus conſenſuales ſolo conſenſu perficiũtur, nec ad ſui perfectionẽ dationem ullam, aut ullum factum requirunt, *tit. Inſt. de oblig. ex conſ. pr. & §.3. l. de contrah. empt.* 2. Quia *in l.7. pr. & §.1. & 2. ff. de pact.* Ulpianus clarè ſignificat conventiones, quæ actiones pariunt, aut habere nomen propriũ, aut verò continere ſynallagma. Adeoque alternativè & disjunctivè duo iſta. Nomẽ & ſynallagma requirit: quotiens autem duo requiruntur disjunctivè, toties unũ illorum ſufficit, *§. ſi plures 11. l. de hered. Inſt.*

Nec contrarium probant argumenta

ſupra

ſupra adducta. Nam *ad primum* reſpōdeo; Ex emptione actionem naſci etiam antequam res fuerit tradita, quamprimū fuerit perfecta & in eſſe conſtituta emptio, quod ſolo conſenſu etiam ante traditionem rei & precii ſolutionem fieri docet Juſtinianus *in d. pr. & §. 3. I. de empt* quòd ſi itaq; ſolo conſenſu emptio perficitur & abſolvitur, pariet etiam actionem, antequam res fuerit Tradita: Perfecta ſiquidē cauſa perfectum producit effectū, & poſita cauſa perfecta, ponitur effectus. Nec huic contradicit, *d. l. Iulianus, §. offerri,* In qua id ſolū vult JCtus quod ex emptione ante traditionem naſcatur quidem actio, ſed ea exceptione elidatur, *l. 25 ff. eod tit.* Sic etiam *ſecundum* non refragatur: Pacta enim legitima non habent certam formā & ex ea certum ac legitimum nomē à jure civili eis impoſitum: quod n. ad nomina iſta quæ pacta quædam legitima habent, non ſunt illa civilia, ſed naturalia tantū, ut quæ ex propria illorum forma nō fluāt ut modò oſtenſum. Pari modo nō obſtat *tertium*. Nam nomen propriū contractus arguit conventionē in uſu hominum eſſe unde & nomen vulgare invenerit: Quod autem in uſu hominum conventio verſatur, declarat conventionem eſſe efficacem & talem, qua homines carere nō poſſunt.
 At

At utilitas conventionis in cauſa fuit, ut jure confirmetur ad actionem producendam. *Ad quartum* non eſt difficilis reſponſio: Quod enim in contractibus conſenſualibus nullum ſubſit ſynallagma, paulò ſupra fuit dilucidè demonſtratum: Nec ſynallagma eſt, cum de dando aliquo aut faciendo convenit, alioquin & pacta nuda, quæ & ipſa ſunt de aliquo dando aut faciendo, ſynallagma continerent: Sed ſynallagma in actuali datione & facto conſiſtit, prout diſertis verbis oſtendit Ulpianus *in d. l. 7. §. 2.* Deniq; *in l. 19. ff. de V. ſignif.* ſynallagma in propria ſignificatione non definitur: Nec enim ultro citroque obligatio eſt ſynallagma; ſed hujus potius effectus.

QUÆSTIO XIV.

An traditione Chirographi tacitum pactum de non petendo inducatur?

PActum eſt vel expreſſum vel tacitum: Sic enim Paulus *in l. 2. ff. de pact. Labeo ait convenire poſſe vel re, vel per epiſtolam vel per nuncium, inter abſentes quoq; poſſe, ſed etiam tacite conſenſu convenire intelligitur.* Taciti pacti exemplum rectè conſtituitur in eo, qui debitori ſuo Chirographum reddiderit; hic enim videtur tacite pactus ne peteret: Hinc quæſtio ſuboritur perquã intricata, An ſi creditor debitori ſuo Chirogra-

rographum reddiderit, in quo ipſe ſolus fuerit obligatus, intelligatur hoc ipſo inter debitorem & creditorem conveniſſe, ne debitum peteretur? Placet Affirmativa Jacob. Menochio 3 *præſumpt. 140. n. 1. 2. & 3.* Anton. Fabro *in Rational ad l. 2. ff. de pact.* Ibidemque Hotomanno, Cujacio, Caſtrenſi & Duareno, Donello *in tractat. de pign. cap. 4.* Connan. 5. *Comm. 4. n. 2.*

1. Quia qui chirographum reddit, non tantùm de tabulis cogitat, ſed etiam de jure debiti, cujus probatio tabulis continetur, *l. qui chirographum, 59. ff. de legat. 1.* Ideoque debiti jus remittere intelligitur.

2. Quia *in l. Creditricem, 7. C. de remiſſ. pign.* Alexãder in hæc verba reſcribẽs. *Creditricem patris tui ſub obligatione fundi, qui per chirographum nexus pignori fuerat, jubentem eandem cautionem reddi, pignoris etiam jus remiſiſſe videtur*, ſignificat debitum principale omnino remiſſum, dum jus etiam pignoris remiſſum dicit.

3. Confirmatur id expreſsè, *l. 2. ff de pact.* *ubi* Paulus. *Et ideo*, inquit, *ſi debitori meo reddiderim cautionem videtur inter nos conveniſſe, ne peterem, profuturumq; ei conventionis exceptionem placuit.*

4. Et Julianus *in l. 59. ff. de legat. 3. Qui chirographum legat, non tantum de tabulis cogitat, ſed etiam de actionibus, quarum proba-*

tio tabulis continetur: appellatione enim chirographi uti nos pro ipſis actionibus, palàm eſt, cum venditis chirographis intelligamus nomen vendidiſſe. Quin etſi nomen quis legaverit, id quod in actionibus eſt, legatum intelligitur.

5. Et Ulpianus *in l. 44. §. 5. ff. de legat. 1. Eum*, ait, *qui chirographum legat debitum legare non ſolùm tabulas, argumento eſt venditio: Nam cum chirographa veneunt, nomen veniſſe videtur.*

6. Item Julianus *in l. 48. § 7. eod. tit. de legat. 1. Si ita cui legatum eſſet, ſi tabulas chirographi mei heredi meo reddiderit, heres meus ei decem dato* hæc conditio hanc vim habet, ſi heredem meum debito liberaverit.

7. Qui tradit inſtrumentum, rem tradere videtur, *l. 1. C. de donat.* Rei autem traditio hîc nihil eſt aliud quam ipſa liberatio, *l. ſi mulier, ff. de condict ob cauſam l. ſi ſponſalibus. § 1. ff. de jure dot. l. ſub prætextu. C. de tranſact.* Creditor itaque tradendo debitori ſui crediti inſtrumentum, cenſetur liberationem tradidiſſe Bald. *in l. unic. §. Ille etiam. n. 4. C. de latin. lib. toll.*

8. Quia cum in inſtrumento vel chirographo conſiſtat tota cautio id eſt, jus ipſius creditoris, cùm ſine eo de proprio credito conſtare non poſſit, *l. qui chirographum, de legat. 3.* Ubi appellatione chirographi & jus ipſum, quod tabulis conti-

ne-

netur, venit. Creditor ergo, qui reſtituit chirographum ſignificaſſe videtur, ſe eo jure amplius uti nolle. Et hæc ratio colligitur, ex *l fin. ff. de his quæ in teſtam.* Ubi etſi concellatio fiat in tabulis, non præſumitur teſtatorem velle deſtruere teſtamentum, ſi aliæ tabulæ ejuſdem tenoris exiſtant Garcia *in d. l. 2. ff. de pact.*

Non obſtat 1. quod cum ſubſtantia debiti non pendeat ex ſcriptura ſeu inſtrumento, ut quod non fiat niſi ad rei geſtæ probationem, *l. 4. ff. de pign. l. 4. ff. de fid. inſtrum.* Conſequens videtur ex redditione chirographi & cautionis, etiam ab ipſo creditore facta, debiti remiſſionem tacitam induci non poſſe, cum per teſtes & aliter quàm per inſtrumentum poſſit debitum probari, *l. qui tabulas l 7. §. 1. ff. de furt. l. Argentarius 10. § fin. ff. de edendo.*

℞. Hoc, inquam, non obſtat: Nam is, qui chirographum reddit non tantùm de tabulis cogitat, ſed etiam de jure debiti, cujus probatio tabulis continetur, *d. l. 59. legat. 3. l. 44. § 5. & l. 84. § 7. de legat. 1.* Ideoq; debiti jus illud & pignoris, ſi quod fuerit remittere intelligitur. Cùm enim non cogatur creditor cautionem & chirographum reddere, niſi ſoluto ſibi debito, *l fin. C. ad exhib. l. 27. ff. de furt.* videtur debitum haberi pro ſoluto, cum chirographum

reddit, aut ſaltem promittere ſe non petiturum, cum petendi viam ſibi præcludat reddens inſtrumentum, ex quo fundari poſſet petitio.

Non adverſatur. 2. Quòd ſicut certi ſunt & legitimi modi contrahendæ obligationis, ita & diſtrahendæ, *l. 44 §. 1. ff. de obl. & Act.* Atqui chirographum non eſt legitimus cōtrahendi modus: Ergo nec chirographi redditio legitimus eſt diſtrahendi modus: Et conſequēter chirographo reddito, debitum non intelligitur remiſſum, nec debitor liberatus à civili obligatione.

℟. Etenim non quæritur hoc loco, utrū per redditionem chirographi inducatur liberatio ab obligatione civili; ſed an redditio chirographi habeat vim pacti de non-petendo. Proinde, etſi chirographo reddito, obligatio ipſo jure non ſit extincta: Debitorē tamen ex hoc tacito pacto de non petendo poſſe adverſus creditorē de debito agentē ſe defēdere exceptione.

Similiter non impedit. 3. Quod pactum de non petendo verbis & ſermone conficiatur: At in caſu noſtro nullum de non petendo verbum intercedat.

Reſp. Nam quotiens de voluntate conſtat eadem vis eſt taciti, quæ expreſſi: proinde licèt verbis de non petendo nihil ſit actum: Ipſa tamen chirographi redditio

tio arguit, hanc fuiſſe voluntatem creditoris, ne debitum in poſterum exigeret.

Non repugnat præterea, *l. 24. ff. de probat.* In qua Modeſtinus. *Si chirographum,* inquit, *cancellatum fuerit, licèt debitor præſumptione liberatus eſſe videatur, in eam tamen quantitatem, quam manifeſtis probationibus creditor ſibi adhuc deberi oſtenderit, rectè debitor convenitur.* Ex quibus verbis colligi videtur, quod cancellatio chirographi non inducat pactum de non petendo nec probationem ſolutionis, ſed præſumptionem duntaxat.

℟. Etenim prædicta *l 24.* nihil omnino negocii nobis faceſſit, quia in caſu ejus non fuit redditum chirographum, jam verò pactum illud tacitum de non petendo non inducitur, etiamſi chirographum reperiatur apud debitorem cancellatum, niſi & probetur ipſi redditum à creditore, aut ejus juſſu, quia cancellatio inducit quidem præſumptionem ſolutionis, ſed non probationem ſolutionis ſi creditor manifeſtis probationibus ſibi adhuc aliquid deberi probet, ſic ut nec inducat pactum de non petendo.

Non deniq; obſtat quod *in l. 3. ff. de pact.* redditio pignoris non inducat pactum de non petendo debito principali: At verò pignus non minus cautio eſt quàm chiro-

Digitized by Google

graphum cùm ideò detur, ut cautũ ſit creditori, *l.59. §.fin.ff.mand.* E. nec per chirographum inducit pactum de nõ petendo.

℟. Diverſa enim eſt ratio pignoris & hypothecæ: Rationem verò diverſitatis non unam aſſignant Interpp: Nã primò Martinus & Johannes, antiqui Gloſſatores, hanc rationem diverſitatis reddunt quod chirographi redditi nulla omnino ſit utilitas, niſi ad inducendam conjecturã perfectæ ſolutionis, *l.14. C.de ſolut. l.59. de leg.3. l.12. C.de probat.* At pignoris multiplex poteſt eſſe uſus, ſive ad utendum, ſive ad vendendum, ſive ad alteri cuipiam obligandum aut commodandum. Et ita etiam Hot. & Duar. ad *d.l.3. de pact.* Verum rejicit hanc rationem Cujac. propterea, quod ex reddita cautione alię multę utilitates fingi poſſint: Nam cur, inquit, *in l.pec.C.de ſol.* certior majorq; dicitur ſumi probatio ſolutæ ſortis ex apocha, quã ex reddita cautione, niſi quod apochæ nullus alius eſt uſus, redditæ cautionis multi fingi poſſint.

Proinde ipſe Cujacius, eumq; ſecutus Antonius Faber, eum adducũt diverſitatis rationem, quod chirographo contineatur principalis obligatio, pignus autem ſit obligatio acceſſoria, ut fidejuſſor: proinde, quemadmodum, fidejuſſore liberato, nihilominus ſortis obligatio ſubſiſtit, ita, pignore liberato, nõ ideo principalis

obligatio ſit extincta: At reddito chirographo quo principalis obligationis authoritas continetur, etiamſi de ea ſolvēda nullus tractatus habitus ſit, id tamē actū videatur, ut ſolvatur obligat. principalis.

Sed Hotomannus hanc rejicit rationem, quod chirographum neque obligatio ſit, neque contineat obligationem: alioquin eo amiſſo etiam amiſſa diceretur ipſa obligatio contra *l. cum inſtrumentis, 10. C de fide inſtrum:* ſed chirographum nil ſit aliud, quàm teſtimonium contractæ obligationis, *d.l.59 de legat 3.l.12.C.de prob.*

Putat igitur Hotomannus non improbabiliter dici poſſe effectum chirographi & pignoris redditi diſparē nō eſſe, quia ſicut reditio chirographi extinguit cauſam chirographi, h.e. obligationem perſonalem; ita redditio pignoris extinguit cauſam pignoris, h.e. obligationē realē principalem vero obligationem nō extinguit.

Verùm JCti *in d. l 2. & 3.* diverſitatem chirographi & pignoris quoad principalem obligationem conſtituunt: proinde exiſtimarim poſteriorem Cujacii ſolutionem eſſe probabilem: Non obſtante eo, quod contra Hotom. opponit: Non enim ſequitur amiſſo inſtrumento non amittitur obligatio. Ergo obligatio in inſtrumento non continetur: Quandoquidem

in

in teſtamento ultima defuncti voluntas continetur: Interim tamen amiſſo teſtamento non protenus ultima voluntas omiſſa dicetur.

QUÆSTIO XV.

An ſicut in rebus inquilini in prædium urbanum inductis, illatis & invectis tacitum conſtituitur pignus; Ita etiam in illis, quæ in prædium ruſticum inducuntur, inferuntur & invehuntur?

ALterum taciti pacti exemplum eſt in inductis, invectis & illatis in prædium urbanum: Si enim inquilinus in prædium urbanum conductum res quaſdam intulerit, ut ibi ſint, intelligitur hoc ipſo tacite res iſtas domino ædium pro mercede obligaſſe & oppignoraſſe, *l.4. ff. de pact.* §. *Item Serviana I. de Act.* Sed utrumne idem in illatis & invectis in prædium ruſticum obtineat? Controverſum eſt: plærique enim exiſtimant, ea quæ colonus in prædium ruſticum inducit non aliter pignori pro mercede obligari, quàm ſi expreſsè id fuerit actum: Atque ita Donell: *de pign. c. 4.* Connan. *4. Comm. 16.* Menochius *de adipiſc. poſſ. remed. 3. q. 4. nu. 33. & ſeqq.* Bronchorſt. *cent. 1. Aſſert. 97.* Forc. Necyom. *dialog. 17.* Harpr. *ad §. Item Serviana I. de Act.*

1. Cum in *l. 4. ff. de pact.* J.Ctus Ulpianus & Juſtinianus *in §. Item Serviana I. de Act.* ſta-

ſtatuant; In urbanis habitationibus locadis invecta illata pignori eſſe locatori, etiam ſi nihil nominatim convenerit, colligendum videatur ſi non in prædium urbanum, ſed ruſticum res fuerint inductæ, invectæ & illatæ, quod tacite non obligentur pignori, ſed expreſſa ad hoc conventio deſideretur. Et ſi idem in ruſticis, quod in urbanis, obtinet, ad quid quæſo de rebus in prædium urbanum inductis nominatim atq; in ſpecie leges loquūtu ?

2. Accedit quod & ratio diverſiſſima ſit prædiorum ruſticorum & urbanorum: Urbanorum etenim prædiorum fructus in ſola habitandi commoditate utplurimum conſiſtit: Nec alia in illis ſunt, quæ domus domino pro penſione obligari poſſint, niſi quæ ab inquilino inferuntur: At verò in ruſticis prædiis ſunt fructus quos pro mercede obligari domino ſufficit. Idq; etiā haut obſcurè ſignificat JCtus Pomponius: *In prædiis*, inquiens, *ruſticis fructus qui ibi naſcuntur tacite intelliguntur pignori eſſe domino fundi locati; etiamſi nominatim id non convenerit.*

3. Quin & Neratius *in d. l. 4. ff. In quib. cauſis pign.* apertè differentiam hanc inter urbana & ruſtica prædia conſtituit, ut quæ in prædium urbanum ſunt inducta & illata, tacite pignori obligentur, quæ verò

At utilitas conventionis in cauſa fuit, ut jure confirmetur ad actionem producendam. *Ad quartum* non eſt difficilis reſponſio: Quod enim in contractibus conſenſualibus nullum ſubſit ſynallagma, paulò ſupra fuit dilucidè demonſtratum: Nec ſynallagma eſt, cum de dando aliquo aut faciendo convenit, alioquin & pacta nuda, quæ & ipſa ſunt de aliquo dando aut faciendo, ſynallagma continerent: Sed ſynallagma in actuali datione & facto conſiſtit, prout diſertis verbis oſtendit Ulpianus *in d. l. 7. §. 2.* Deniq; *in l. 19. ff. de V. ſignif.* ſynallagma in propria ſignificatione non definitur: Nec enim ultro citroque obligatio eſt ſynallagma; ſed hujus potius effectus.

Q u æ s t i o XIV.

An traditione Chirographi tacitum pactum de non petendo inducatur?

PActum eſt vel expreſſum vel tacitum: Sic enim Paulus *in l. 2. ff. de pact.* *Labeo ait convenire poſſe vel re, vel per epiſtolam vel per nuncium, inter abſentes quoq; poſſe, ſed etiam tacite conſenſu convenire intelligitur.* Taciti pacti exemplum rectè conſtituitur in eo, qui debitori ſuo Chirographum reddiderit; hic enim videtur tacite pactus ne peteret: Hinc quæſtio ſuboritur perquã intricata, An ſi creditor debitori ſuo Chirogra-

rographum reddiderit, in quo ipſe ſolus fuerit obligatus, intelligatur hoc ipſo inter debitorem & creditorem conveniſſe, ne debitum peteretur? Placet Affirmativa Jacob. Menochio *3 præſumpt. 140. n. 1. 2. & 3.* Anton. Fabro *in Rational ad l. 2. ff. de pact.* Ibidemque Hotomanno, Cujacio, Caſtrenſi & Duareno, Donello *in tract. de pign. cap. 4.* Connan. *5. Comm. 4. n. 2.*

1. Quia qui chirographum reddit, non tantùm de tabulis cogitat, ſed etiam de jure debiti, cujus probatio tabulis continetur, *l. qui chirographum, 59. ff. de legat. 1.* Ideoque debiti jus remittere intelligitur.

2. Quia *in l. Creditricem, 7. C. de remiſſ. pign.* Alexāder in hæc verba reſcribēs. *Creditricem patris tui ſub obligatione fundi, qui per chirographum nexus pignori fuerat, jubentem eandem cautionem reddi, pignoris etiam jus remiſiſſe videtur*, ſignificat debitum principale omnino remiſſum, dum jus etiam pignoris remiſſum dicit.

3. Confirmatur id expreſsè, *l. 2. ff de pact.* *ubi* Paulus. *Et ideo*, inquit, *ſi debitori meo reddiderim cautionem videtur inter nos conveniſſe, ne peterem, profuturumq́ ei conventionis exceptionem placuit.*

4. Et Julianus *in l. 59. ff. de legat. 3. Qui chirographum legat, non tantum de tabulis cogitat, ſed etiam de actionibus, quarum probatio*

tio tabulis continetur: appellatione enim chirographi uti nos pro ipſis actionibus, palàm eſt, cum venditis chirographis intelligamus nomen vendidiſſe. Quin etſi nomen quis legaverit, id quod in actionibus eſt, legatum intelligitur.

5. Et Ulpianus *in l. 44. §. 5. ff. de legat. 1. Eum*, ait, *qui chirographum legat debitum legare non ſolùm tabulas, argumento eſt venditio: Nam cum chirographa veneunt, nomen veniſſe videtur.*

6. Item Julianus *in l. 48. §. 7. eod. tit. de legat. 1. Si ita cui legatum eſſet, ſi tabulas chirographi mei heredi meo reddiderit, heres meus ei decem dato* hæc conditio hanc vim habet, ſi heredem meum debito liberaverit.

7. Qui tradit inſtrumentum, rem tradere videtur, *l. 1. C. de donat.* Rei autem traditio hîc nihil eſt aliud quam ipſa liberatio, *l. ſi mulier, ff. de condict ob cauſam l. ſi ſponſalibus. § 1. ff. de jure dot. l. ſub prætextu. C. de transact.* Creditor itaque tradendo debitori ſui crediti inſtrumentum, cenſetur liberationem tradidiſſe Bald. *in l. unic. §. Ille etiam. n. 4. C. de latin. lib. toll.*

8. Quia cum in inſtrumento vel chirographo conſiſtat tota cautio id eſt, jus ipſius creditoris, cùm ſine eo de proprio credito conſtare non poſſit, *l. qui chirographum, de legat. 3.* Ubi appellatione chirographi & jus ipſum, quod tabulis conti-

ne-

netur, venit. Creditor ergo, qui reſtituit chirographum ſignificaſſe videtur, ſe eo jure amplius uti nolle. Et hæc ratio colligitur, ex *l fin. ff. de his quæ in teſtam.* Ubi etſi concellatio fiat in tabulis, non præſumitur teſtatorem velle deſtruere teſtamentum, ſi aliæ tabulæ ejuſdem tenoris exiſtant Garcia *in d. l. 2. ff de pact.*

Non obſtat 1. quod cum ſubſtantia debiti non pendeat ex ſcriptura ſeu inſtrumento, ut quod non fiat niſi ad rei geſtæ probationem, *l. 4. ff. de pign. l. 4. ff de fid. inſtrum.* Conſequens videtur ex redditione chirographi & cautionis, etiam ab ipſo creditore facta, debiti remiſſionem tacitam induci non poſſe, cum per teſtes & aliter quàm per inſtrumentum poſſit debitum probari, *l. qui tabulas l 7. §. 1 ff. de furt. l. Argentarius. 10. § fin. ff. de edendo.*

℞. Hoc, inquam, non obſtat: Nam is, qui chirographum reddit non tantùm de tabulis cogitat, ſed etiam de jure debiti, cujus probatio tabulis continetur, *d. l. 59. legat. 3. l. 44. § 5. & l. 84 § 7. de legat. 1.* Ideoq; debiti jus illud & pignoris, ſi quod fuerit remittere intelligitur. Cùm enim non cogatur creditor cautionem & chirographum reddere, niſi ſoluto ſibi debito, *l fin. C. ad exhib. l. 27. ff. de furt.* videtur debitum haberi pro ſoluto, cum chirographum

Digitized by Google

reddit, aut ſaltem promittere ſe non petiturum, cum petendi viam ſibi præcludat reddens inſtrumentum, ex quo fundari poſſet petitio.

Non adverſatur. 2. Quòd ſicut certi ſunt & legitimi modi contrahendæ obligationis, ita & diſtrahendæ, *l. 44 §. 1. ff. de obl. & Act.* Atqui chirographum non eſt legitimus cōtrahendi modus: Ergo nec chirographi redditio legitimus eſt diſtrahendi modus: Et conſequēter chirographo reddito, debitum non intelligitur remiſſum, nec debitor liberatus à civili obligatione.

℞. Etenim non quæritur hoc loco, utrū per redditionem chirographi inducatur liberatio ab obligatione civili; ſed an redditio chirographi habeat vim pacti de non-petendo. Proinde, etſi chirographo reddito, obligatio ipſo jure non ſit extincta: Debitorē tamen ex hoc tacito pacto de non petendo poſſe adverſus creditorē de debito agentē ſe defēdere exceptione.

Similiter non impedit. 3. Quod pactum de non petendo verbis & ſermone conficiatur: At in caſu noſtro nullum de non petendo verbum intercedat.

Reſp. Nam quotiens de voluntate conſtat eadem vis eſt taciti, quæ expreſſi: proinde licèt verbis de non petendo nihil ſit actum: Ipſa tamen chirographi redditio

tio arguit, hanc fuiſſe voluntatem creditoris, ne debitum in poſterum exigeret.

Non repugnat præterea, *l. 24. ff. de probat.* In qua Modeſtinus. *Si chirographum,* inquit, *cancellatum fuerit, licèt debitor præſumptione liberatus eſſe videatur, in eam tamen quantitatem, quam manifeſtis probationibus creditor ſibi adhuc deberi oſtenderit, rectè debitor convenitur.* Ex quibus verbis colligi videtur, quod cancellatio chirographi non inducat pactum de non petendo nec probationem ſolutionis, ſed præſumptionem duntaxat.

℟. Etenim prædicta *l 24.* nihil omnino negocii nobis faceſſit, quia in caſu ejus non fuit redditum chirographum, jam verò pactum illud tacitum de non petendo non inducitur, etiamſi chirographum reperiatur apud debitorem cancellatum, niſi & probetur ipſi redditum à creditore, aut ejus juſſu, quia cancellatio inducit quidem præſumptionem ſolutionis, ſed non probationem ſolutionis ſi creditor manifeſtis probationibus ſibi adhuc aliquid deberi probet, ſic ut nec inducat pactum de non petendo.

Non deniq; obſtat quod *in l. 3. ff. de pact.* redditio pignoris non inducat pactum de non petendo debito principali: At verò pignus non minus cautio eſt quàm chiro-

graphum cùm ideò detur, ut cautũ ſit creditori, *l.59. §.fin.ff.mand.* E. nec per chirographum inducit pactum de nõ petendo.

℞. Diverſa enim eſt ratio pignoris & hypothecæ: Rationem verò diverſitatis non unam aſſignant Interpp: Nã primò Martinus & Johannes, antiqui Gloſſatores, hanc rationem diverſitatis reddunt quod chirographi redditi nulla omnino ſit utilitas, niſi ad inducendam conjecturã perfectæ ſolutionis, *l.14. C. de ſolut. l.59. de leg.3. l.12. C. de probat.* At pignoris multiplex poteſt eſſe uſus, ſive ad utendum, ſive ad vendendum, ſive ad alteri cuipiam obligandum aut commodandum. Et ita etiam Hot. & Duar. ad *d.l.3. de pact.* Verum rejicit hanc rationem Cujac. propterea, quod ex reddita cautione alię multę utilitates fingi poſſint: Nam cur, inquit, *in l. pec. C. de ſol.* certior majorq; dicitur ſumi probatio ſolutæ ſortis ex apocha, quã ex reddita cautione, niſi quod apochæ nullus alius eſt uſus, redditæ cautionis multi fingi poſſint.

Proinde ipſe Cujacius, eumq; ſecutus Antonius Faber, eum adducũt diverſitatis rationem, quod chirographo contineatur principalis obligatio, pignus autem ſit obligatio acceſſoria, ut fidejuſſor: proinde, quemadmodum, fidejuſſore liberato, nihilominus ſortis obligatio ſubſiſtit, ita, pignore liberato, nõ ideo principalis

obligatio ſit extincta: At reddito chirographo quo principalis obligationis authoritas continetur, etiamſi de ea ſolvēda nullus tractatus habitus ſit, id tamē actū videatur, ut ſolvatur obligat. principalis.

Sed Hotomannus hanc rejicit rationem, quod chirographum neque obligatio ſit, neque contineat obligationem: alioquin eo amiſſo etiam amiſſa diceretur ipſa obligatio contra *l. cum inſtrumentis, 10. C de fide inſtrum.* ſed chirographum nil ſit aliud, quàm teſtimonium contractæ obligationis, *d.l.59 de legat. 3.l.12.C. de prob.*

Putat igitur Hotomannus non improbabiliter dici poſſe effectum chirographi & pignoris redditi diſparē nō eſſe, quia ſicut reditio chirographi extinguit cauſam chirographi, h. e. obligationem perſonalem; ita redditio pignoris extinguit cauſam pignoris, h.e. obligationē realē principalem vero obligationem nō extinguit.

Verùm JCti *in d. l 2. & 3.* diverſitatem chirographi & pignoris quoad principalem obligationem conſtituunt: proinde exiſtimarim poſteriorem Cujacii ſolutionem eſſe probabilem: Non obſtante eo, quod contra Hotom. opponit: Non enim ſequitur amiſſo inſtrumento non amittitur obligatio. Ergo obligatio in inſtrumento non continetur: Quandoquidem

in

in teſtamento ultima defuncti voluntas continetur: Interim tamen amiſſo teſtamento non protenus ultima voluntas omiſſa dicetur.

QUÆSTIO XV.

An ſicut in rebus inquilini in prædium urbanum inductis, illatis & invectis tacitum conſtituitur pignus; Ita etiam in illis, quæ in prædium ruſticum inducuntur, inferuntur & invehuntur?

ALterum taciti pacti exemplum eſt in inductis, invectis & illatis in prædium urbanum: Si enim inquilinus in prædium urbanum conductum res quaſdam intulerit, ut ibi ſint, intelligitur hoc ipſo tacite res iſtas domino ædium pro mercede obligaſſe & oppignoraſſe, *l.4. ff. de pact.* §. *Item Serviana I. de Act.* Sed utrumné idem in illatis & invectis in prædium ruſticum obtineat? Controverſum eſt: plærique enim exiſtimant, ea quæ colonus in prædium ruſticum inducit non aliter pignori pro mercede obligari, quàm ſi expreſsè id fuerit actum: Atque ita Donell: *de pign. c. 4.* Connan. *4. Comm. 16:* Menochius *de adipiſc. poſſ. remed. 3. q. 4. nu. 33. & ſeqq.* Bronchorſt. *cent. 1. Aſſert. 97.* Forc. Necyom. *dialog. 17.* Harpr. *ad. §. Item Serviana I. de Act.*

1. Cum in *l. 4. ff. de pact.* J Ctus Ulpianus & Juſtinianus *in §. Item Serviana I, de Act.* ſta-

ſtatuant; In urbanis habitationibus locadis invecta illata pignori eſſe locatori, etiam ſi nihil nominatim convenerit, colligendum videatur ſi non in prædium urbanum, ſed ruſticum res fuerint inductæ, invectæ & illatæ, quod tacite non obligentur pignori, ſed expreſſa ad hoc conventio deſideretur. Et ſi idem in ruſticis, quod in urbanis, obtinet, ad quid quæſo de rebus in prædium urbanum inductis nominatim atq; in ſpecie leges loquūtu ??

2. Accedit quod & ratio diverſiſſima ſit prædiorum ruſticorum & urbanorum: Urbanorum etenim prædiorum fructus in ſola habitandi commoditate utplurimum conſiſtit: Nec alia in illis ſunt, quæ domus domino pro penſione obligari poſſint, niſi quæ ab inquilino inferuntur: At verò in ruſticis prædiis ſunt fructus quos pro mercede obligari domino ſufficit. Idq; etiã haut obſcurè ſignificat JCtus Pomponius: *In prædiis*, inquiens, *ruſticis fructus qui ibi naſcuntur tacite intelliguntur pignori eſſe domino fundi locati, etiamſi nominatim id non convenerit*.

3. Quin & Neratius *in d.l. 4. ff. In quib. cauſis pign.* apertè differentiam hanc inter urbana & ruſtica prædia conſtituit, ut quæ in prædium urbanum ſunt inducta & illata, tacite pignori obligentur, quæ verò

vero in prædium ruſticum, non item: Ita enim ſcribit: *Eo jure utimur ut quæ in prædia urbana inducta illata ſunt, pignori eſſe creduntur, quaſi id tacite convenerit, in ruſticis prædiis contra obſervatur.*

Verùm ab hac ſententia diſcedunt alii: Nec immeritò:

Nam primò *in l. 3. ff. in quib. cauſis pignus vel hypotheca.* diſertè Ulpianus. *Si horreum,* inquit, *conductum fuit, vel diverſorium vel area tacitam conventionem de invectis illatis, etiam in his locum habere putat Neratius, quod verius eſt.*

Non me latet Harprechtum reſpondere in iſta, *l. 3.* horreum ſignificare locum illum, in quo merces venales & res quæq; precioſiſſimæ reponuntur & cuſtodiuntur, ut *in l. 3 §. Effractura; ff. de offic. præfect. Vigil. l. 21. §. certa, ff. de furt. l. 74. ff. de contrahen. empt. l. 55. ff. locati, l. 30. §. certis vero; 4. ff. ad L. Falcid. §. Itẽ ſi merces, I. de R. div. cum ſimilib.*

Verùm utut ſit, horreum propriè & uſitatè prædium ruſticum eumque locum ſignificare, in quem fructus colligi & reponi ſolent, expeditum eſt: In dubio verò à propria vocis ſignificatione recedi non debet, *l. Non aliter ff. de legat. 3.*

2. Idem quoque evincit, *l. 5. C. de locato.* Ubi clarè ſignificatur ad tacitum pignus in rebus illatis in prædium ruſticum conſtitu-

ſtituendum, ſufficere domini ſcientiam. Verba Imperatoris hæc ſunt: Certi juris eſt ea quæ voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris jure dominis prædiorum teneri. Quando verò domus locatur non eſt neceſſaria in rebus inductis vel illatis ſcientia domini: Nam ea quoque pignoris jure tenentur: Ecce hîc Alexander inter ruſtica & urbana prædia hanc ſolùm differentiam conſtituit, quod ad pignus in rebus illatis in prædium ruſticum, ſcientia requiratur Domini: quæ ad pignus in rebus in prædium urbanum illatis conſtituendum non ſit neceſſaria.

Reſpondet ad hoc etiam Johann. Harprecht, Alexandrum Imperatorem non de ſimplici ſcientia loqui, ſed de ea, quam ipſe initio voluntatem dixerat & ſic de ſcientia voluntatem conjunctam habente: At voluntas eſt conventio, *l.5. §.1. In quibus cauſis.* Nam eo ipſo, quod locator voluit, ut certæ res in ſuum fundum locatum inducerentur, non poteſt videri alio animo id feciſſe ac voluiſſe, quàm ut illæ res ſibi penſionis nomine obligarentur: Niſi enim hac voluntate iſtud egerit, nihil penitus egiſſe videretur, quod admittendum non eſt. *l.109. de legat.1. l.2. ff de pact.* Secundo reſpondet, *d.l.5.* etiam hunc eſſe ſen-

ſenſum: Adeò voluntatem Domini non eſſe neceſſariam, quando ædes locantur, ut ne quidẽ ejuſdem ſcientia requiratur.

Cæterum quid Imperator Alexander per voluntatem intellexerit, *in pr. d. l. 5.* ſatis explicat in fine ejuſdem conſtitutionis: Nempe nihil aliud, quàm ſcientiam. Deindè poſito eo, quod ajunt, per voluntatem & ſcientiam denotari conventionem, *in d. l. 5.* Nondum tamen eo efficitur, quod pignus in rebus illatis in prædium ruſticum expreſſam deſideret conventionem: *Tum* quod voluntas etiam ſit quædam tacita, *d. l. 4. ff. de pact.* *Tum* quod voluntas illa non ſit de pignore in rebus illatis conſtituendo, ſed de rebus inferendis ac recipiendis in prædium ruſticum. Quod verò ad poſteriorem ſolutionem, eſt illa perquam divinatoria, nec ullo probabili fundamento nititur.

3. In *l. 7. pr ff. in quibus cauſ. pign.* cùm JCtus dixiſſet in prædiis ruſticis fructus, qui ibi ſunt, tacitè intelligi pignori eſſe domino fundi locati, etiamſi id nominatim non convenerit, ſtatim in ſequenti §. ſubjicit: etiam illata & invecta in prædium ruſticũ, quę modò ita illata ſunt, ut ibi ſint, pignori eſſe. Et quanquã Harprechtus exiſtimet *in §. 1. d. l. 7.* non agi de illatis in prædium ruſticum, ſed de illatis in prædium

urba-

urbanum: Id tamen veriſimile non eſt; ſed cum JCtus in principio legis egerit de illatis in prædium ruſticum, non præſumitur in ſequentibus ſtatim ſubjectum mutare & de illatis in prædium urbanum diſſerere; cum maximè nullo verbulo *in d.* §. 1. id ſignificetur.

4. *In l fin C. in quib. cauſ. pign.* generaliter dicitur ac indiſtinctè. Res conductoris in prædium conductum invectas & illatas ipſo jure & tacite domino pro pẽſionibus obligari, nulla omninò adhibita diſtinctoine utrum prædium conductum ruſticum fuerit, an verò urbanum.

Nec admittendum, quod Harprechtus generalem textum ad inducta in prædium urbanum reſtringere & coarctare conatur; ſiquidem nec textus ullus nec ulla ratio hujuſmodi reſtrictionem ſuadet; quos enim textus adducit Harprechtus ad propoſitum non facere paulò poſt luculenter demonſtrabitur.

5. Præterea non parum ad noſtræ ſententiæ confirmationem facit, §. *Item Serviana I. de A.* In quo abſolutè Juſtinianus; Res coloni, ait, pignoris jure, pro mercedibus fundi, domino prædii teneri.

Reſpondet Harprechtus iſtum §. *Item Serviana*, de rebus coloni expreſſim oppigneratis accipiendũ; ſed divinatoria eſt

hæc

hæc interpretatio, & generalitas textus expreſsè refragatur.

Solutio contrariorum.

Ad primum contrariæ opinionis fundamentum reſpondetur: Illud ex *d. l. 4. ff. de pact.* à contrario ſenſu ductum adverſus textus, qui in contrarium ſunt, expreſſos nihil valet. Et cur de illatis in prædium urbanum JCtus ſolùm loquatur, ratio hæc eſt, quod ea ſolâ illatione pignori obligentur: Illata verò in prædium ruſticum non item, niſi domini ſcientia & voluntas acceſſerit; *l. 5. ff. de locato.* præterea in jure noſtro non eſt infrequens, ut una lex ſuppleatur ex alia: Proindè *d. l. 4. ff. de pact.* aliis ex legibus, in quibus dicitur, *illata etiam in prædium ruſticum tacitè eſſe pignori*, ſuppleri debet.

Ad ſecundum ℞. Rationem iſtam, quæ adfertur, non eſſe ſufficientem ad hujuſmodi inter urbana & ruſtica prædia conſtituendam differentiam: Siquidem fructus prædii ruſtici, cum non omnibus anni partibus extent & naſcantur in prædio, etiamſi domino fundi tacitè pro mercede oppignerarentur, non tamen illis domino de mercede ſufficienter cautum eſſet: Hinc etiam cum in *l. 7. ff. In quibus cauſ. pign.* ab initio Pomponius dixiſſet: Su-

fructus; qui in prædiis naſcuntur, tacitè obligari pignori domino fundi; ſubjicit ſtatim; ea quoque quæ ſic inferuntur in prædium, ut ibi ſint, tacite obligari pignori.

Ad tertium ℞. Inter illata in prædium urbanum & illata in prædium ruſticum eſſe differentiam; verùm non hanc, quòd illa tacite; hæc ſaltem expreſsè obligentur pignori; ſed potius quod illata in prædium urbanum ſolâ inductione obligentur: Illata verò in prædium ruſticum non ſola inductione; ſed accedente inſuper ſcientiâ & voluntatę domini, *l. 5. C. de locato*; Atque hoc eſt, quod in *d. l. 4.* dicitur; In ruſticis prædiis contrà obſervari.

QUÆSTIO XVI.

An etiam in rebus minoris viginti quinque annis, in prædium inductis & illatis tacitum conſtituatur pignus?

QUOD de rebus in prædium conductum illatis, tacite pignorandis dictum eſt, id utrum etiam in rebus minoris obtineat, ſic ut ſi illæ in prædium à minore conductum, fuerint illatæ & invectæ tum tacite ſint pignori obli-

obligatæ? Plærique tuentur Negativam, propterea quod manifeſti & expediti ſit juris, pupillum ex contractu ſuo, etiam expreſſo, non obligari, ſicut nec minorem ſive adultum ſine tutoris vel curatoris conſenſu, *l.3. C. de reſtit. in integr. minor.* Multò minus itaque obligetur ex conventione tacita, cum major videatur eſſe vis expreſſi quàm taciti.

Verum contrariam ſententiam ego veriorem aſſerere non dubito. Nam primò *in l. 3. §. 1. ff. de rebus eorum*, expreſsè Ulpianus conſtituit, ut judiciale ac prætorium pignus poſſit conſtitui etiam in rebus pupillaribus, quia iſta pignora, ſive obligationes & alienationes non ex tutoris & curatoris voluntate fiunt, ſed ex magiſtratus auctoritate: proinde etiã in rebus minorum hoc tacitum pignus cõtrahitur, quoniam non deſcendit ex voluntate tutoris, vel curatoris, ſed ex voluntate legis.

2. Accedit quod nullâ prorſus lege, nulla Imperatoris conſtitutione res minoris in prædium conductum illatæ à regula communi excipiantur. Quod autem nominatim exceptum non reperitur, illud ſub regula contineri intelligitur.

3. Quotiens ex re actio venit, etiam pupillus ſine tutoris vel curatoris authori-

tate

tate obligatur, *l. 46. ff. de O. & Act.* Atqui obligatio iſta taciti pignoris ex re ipſa ſive ex ipſo facto, res in prædium conductũ inferentis, deſcendit, igitur eâ etiam ſine tutore vel curatore minor obligatur.

4. Quin etiam multa tacitè fieri permittuntur, quæ expreſsè fieri prohibentur, *l. filiusf. §. Veterani de proc. l. in modicis. ff. de contrah. empt. l. 1. ff. de auctor. tutor.* Quare licet res minoris expreſsè obligari nequeant, non tamen tacitè propterea pignori obligari prohibentur.

Solutio contrariorum.

His non obſtat quod ne quidem expreſſa conventione minores ſine curatoribus ſuis obligentur; Item quod bona minorũ, ne quidem conſenſu curatorum alienari poſſint: ℞. Argumentum enim expreſsè ad tacitum & contra non procedit, ubi eſt diverſa ratio taciti & expreſſi, ut hoc loco: Pactum n. hoc tacitum non ab homine, ſed à lege inducitur: At pactũ expreſſum conventione & voluntate hominis: Minor autem velle non poteſt abſque tutore vel curatore, ubi de bonis ejus obligandis vel aliенãdis agitur. Et quanquam ex tacito conſenſu inferentis bona tacitũ hoc pignus proficiſci videatur, non tamen ex ſola voluntate minoris, ſed ex lege, volũ-

tatem

ratem minoris interpretante, proficiſcitur. Sic etiam, licèt bona minoris non poſſint, etiam tutoris auctoritate vel conſenſu minoris accedente, alienari, id tamen de alienatione quæ fit ab homine, non de alienatione, quæ à lege inducitur, accipiendum eſt.

QUÆSTIO XVII.

An pactum rectè dividatur in reale & perſonale, an verò tertium, nempe mixtum ſit addendum?

PActum de non petendo dividit Ulpianus in *l. 7. §. Pactorum. ff. de pact.* in reale & perſonale: Illud appellat, cum quis generaliter, nullâ expreſsâ perſonæ mentione factâ paciſcitur *ne petat*: Hoc verò quotiens quis paciſcitur *ne à certa Perſona*, in pacto expreſſa *petat*, id eſt ne à Lucio Titio petat. Quæritur autem anne tertium & inter hæc duo intermedium detur pactum; Mixtum nempe, quod partim in perſonam ſit, partim in rem? Affirmativa placet Fr. Hotomanno *1. amicab. 29. & in Comm. ad l. 7. §. Pactorum, ff. de pact.*

Movetur inprimis textu, *l. 57. ff. de*

Digitized by Google

pact. In quo ita Florentinus : *Si ex altera parte in rem , ex altera in perſonam pactum conceptum fuerit : veluti ne ego petam, vel ne à te petatur: Heres meus ab omnibus vobis petitionem habebit & ab herede tuo omnes petere poterimus.*

Cæterùm alteram opinionem, quod ſaltem duo ſint pactorum genera , in rem & in perſonam : Nec inter hæc duo intermedium & mixtum detur , veriorem judico.

1. Quia in *d. l 7.§. pactorum, 8. ff. de pact.* Ulpianus pactum omne dividit, in reale & perſonale , mixti verò nullam penitus mentionem facit : At vitioſa & imperfecta foret hæc diviſio ſi tertium & mixtum daretur pacti genus; nec ſanè ullam habuiſſet Ulpianus rationem ſilentio iſtud prætereundi, ſi quod tale daretur pactum.

2. Illud pactum in rem eſt , quod ad heredes tranſit ac heredibus prodeſt , *l. 40. de pact.* Atqui pactum , quod vulgò mixtum appellant , ad heredes tranſit ; Sic enim Florentinus in *d. l. 57.* Si ex altera parte in rem , ex altera in perſonam pactum conceptum fuerit, heres meus ab omnibus vobis petitionem habebit & ab herede tuo omnes petere poterimus.

3. Quia

3. Quia pactum, *Ne ego petam*, quod *in d. l. 57.* ex una parte in rem ex altera in perſonam dicitur, expreſsè in rem pactum appellatur, *in d. l. 7. §. 8.*

Reſponſio ad fundamentum contrarium.

Quocirca exiſtimarim ex fundamentis modò adductis perſpicue relucere, pactum quod *in d. l. 57.* partim in rem, partim in perſonam dicitur, etſi verborum conceptione videri poſſet mixtum, revera tamen mixtum non eſſe, ſed aut reale aut perſonale eſſe pactum.

CAPUT III.

De his qui paciſci poßunt & quibus cum pactio iniri poteſt?

QUÆSTIO I.

An Iurioſus & mente captus paciſci poſſint?

Omnes

OMnes paciſci & contrahere poſſunt, qui prohibiti non reperiuntur, prohibentur autem primò furioſi & mente capti ob defectum conſenſus & quia nulla eſt ipſorum voluntas, Nulla mens, §. 1. *I. quib. mod. teſt. infirm.* Nullus animi ſenſus, *l.* 22. §. 7 *ff. ſolut. matrim.* Hinc etiam furioſi loco abſentium habentur, in iis ſcilicet quæ animi requirunt præſentiam, *l.* 2. §. 3. *ff. de jure, Codicill.* ubi Julianus, *Furioſus*, inquit, *non intelligitur codicillos facere, quia nec aliud quicquam agere intelligitur cum per omnia & in omnibus abſentis, vel quieſcentis loco habetur.* Et Paulus *furioſum abſentis loco eſſe* diſertis verbis ſcribit, *l.* 124. §. 1. *de R. Iur.* Quin & furioſi dormientium atque ignorantium loco habentur, *l.* 24. *in pr. ff. de oblig. & Act. l.* 1. § 3 *ff. de acquir. vel amit. poſſ.*

Jam verò pactum requirit utriuſq; paciſcentis conſenſum, *l.* 1 *ff. de pact.* Quare cum, ut hactenus oſtenſum eſt, furioſi non poſſint conſentire, ſequitur eos nec paciſci poſſe.

Cæterùm furioſorum duo ſunt genera; Quidam enim perpetuum, nonnulli intermiſſum furorem habent, *l. pen. C. de Curat. furioſi.* De his, qui perpetuo furore laborant, verum eſt quod hactenus di-

ctum eſt, quod furioſi nulla ſit voluntas, nullus conſenſus, nullum animi judicium & ideo non poſſit contrahere, eaque expedire, quæ animi ſenſum ac judicium deſiderant. At verò qui intermiſſum furorem habent, quia certa habent furoris intervalla, *l. furioſum, C. qui teſtam. fac. poſſ.* atque in conſpectu adumbratæ quietis ſunt, *l. quod meo*, 18. *ff. de acquir. poſſ.* poſſunt intermiſſionis tempore negotia tam publica, quàm privata recte gerere: Nam judicium exercere poſſunt, *l.* 12. *& leg.* 39. *ff. de judic.* Et teſtamenta facere aliisve facientibus teſtes eſſe, *l.* 20. §. *qui furioſi*, *ff. de teſtam.* *l.* 9. *Cod. qui teſtam. fac. poſſ.* Et denique quosvis contractus inire, *l.* 2. *C. de cont. empt.* Quia eo tempore judicio non deſtituuntur, nec voluntate ac conſenſu carent.

At quid ſi curatoris accedat conſenſus, poteritne vel tunc furioſus negotium contrahere? Negandum videtur: Itaque vi oppoſitionis iſtius, qua *in l.* 5. *de R. Iur.* opponitur pupillo, qui fari poſſit, quem cum dicat Paulus, omnia negotia tutore auctore rectè facere poſſe, co

ſequens eſt vi oppoſitionis, ut furioſus ne quidem curatoris conſenſu quicquam facere poſſit: Et ratio etiam hujus ſatis eſt perſpicua: Cùm enim, ut proximè oſtenſum fuit, nulla ſit furioſi voluntas, nullum judicium, nullus conſenſus, ſequitur etiam voluntatem furioſi, quæ nulla eſt, à curatore furioſi ſuppleri non poſſe; & conſequenter, quoad hoc, officium curatoris deficere. Et hoc eſt, quod *in leg. 5. de Reg. Iur.* dicitur; furioſum, authore curatore, nullum negotium contrahere poſſe. Verum enim verò furioſum paciſci & contrahere poſſe nihilominus dicendum videtur.

1. Etenim qui tacitè conſentire poteſt, is quoque poteſt contrahere & paciſci, cum ad contractum tacitus ſufficiat conſenſus, *argum. tot. titul. quib. mod. pign. vel hypothec. tacitè contrah. l. 2. digeſt. de pact.* Atqui furioſus poteſt tacitè conſentire, *l. ſecunda, §. ſecundo, digeſt. ſolut. matrim.* ubi Ulpianus in hæc verba ſcribit: *Voluntatem autem filiæ, cùm pater agit de dote, utrum ſic accipimus ut conſentiat, an verò ne contradicat filia: Et eſt ab Imperatore Antonino reſcriptum, fi-*

liam, niſi evidenter contradicat, videri conſentire patri. Et *Iulianus libro* 48. *Digeſtorum ſcripſit, quaſi ex voluntate filiæ videri experiri patrem, ſi furioſam filiam habeat*: Quare hinc colligitur filiæ furioſæ voluntatem aliquam eſſe, ſi non expreſſam, tacitam tamen.

2. Quinetiam ex quaſi contractu obligari furioſum negotiorum geſtori idem teſtatur Ulpianus *in l.* 3. §. *etſi*, 5. *ff. de Negot. geſt.* Quocirca non videtur ita ſimpliciter dicendum, quod furioſus nullum poſſit contrahere negotium, nullum pactum inire.

3. Accedit his quod furioſus poſſit habere fidejuſſorem, *l. Marcellus*, 25. *ff. de fidejuſſ.* Omnis autem fidejuſſio obligationem aliquam præcedentem præſupponit, §. 1. *I. de fidejuſſ. l.* 8 *ff. eod.* Obligatio verò præſupponit conventionem, §. *fin. I. de oblig.* Quapropter dicendum videtur furioſum contrahere poſſe.

4. Qui poteſt delinquere, is quoque poteſt paciſci, cum ad delictum non minus voluntas deſideretur, atque ad pacta & contractus: Atqui furioſus poteſt delinquere, *arg. l.* 14. *ff. de offic. præſid.* Quocirca furioſus quoque paciſci & contrahere poterit. Cęterùm his nihil quicquam ob-

ſtantibu

ſtantibus priorem ſententiam veriorem ac juris fundamentis convenientiorem judico.

Quod enim ad primum ℞. Furioſum tacitè conſentire non poſſe, 1. Quia ſimpliciter & abſolutè dicitur, furioſi nullum eſſe judicium, nullum conſenſum, *l.* 2. C. *de contrah. empt.* nullam mentem, nullam voluntatem, *l.* 40. *de R. Iur. l.* 47. *ff. de acquir. hæred.* 2. Quia Ulpianus *in l.* 14. *ff. de locat.* expreſsè negat, furioſum tacitè conſentire; Ita enim ſcribit: *Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus eſt: Intelligitur enim Dominus, cum patitur colonum in fundo eſſe, ex integro locare & hujuſmodi contractus neque verba, neque ſcripturã utique deſiderant; ſed nudo conſenſu convaleſcunt. Et ideo, ſi interim Dominus furere cœperit, vel deceſſerit, fieri non poſſe Marcellus ait, ut locatio redintegretur. Et eſt hoc verum.* Vult nempè Jctus locationem nudo etiam conſenſu contrahi; adeoque tacitam eſſe locationem: Hanc verò negat à furioſo contrahi poſſe: Ex quo manifeſtè ſequitur, furioſum nequidem tacitè conſentire poſſe. Et quî obſecrò tacitè conſentiret is, cujus nullum eſt judicium, nulla mens, nulla voluntas? Nec contrarium probat adducta, *l.* 2 §. 2 *ff. ſolut. matrim.*

Nam primò reſpondet Giphanius, ibi filiam idcircò videri conſentire, quia, ut ex pr. legis apparet, actio dotis patri cum filia fuerit communis, adeoque ſpeciale quid iſta lege contineri. *Deinde* exiſtimo in iſta L. patrem videri ex voluntate filiæ furioſæ experiri, quando dotem communem repetit, nõ quia conſentiat filia expreſsè vel tacitè; ſed quia non contradicat, prout ex pr. legis relucet. Eo autem ipſo quod non contradicit filia, pater non dicitur ex voluntate filiæ vindicare, ſed QUASI ex voluntate filiæ. Hinc itaque relucet, quod cum aliud ſit conſentire, aliud non contradicere, ſicut à Jcto hîc diſcernuntur, & filia furioſa patri non contradicat, non cenſeatur propterea conſentire. *Deinde* patet quoque ex eo quod filiæ furioſæ nulla ſit voluntas; cum id particula *Quaſi* ſatis arguat: Negari tamen non poteſt quòd etſi tacita deficiat in furioſa filia voluntas, præſumpta tamen locum habeat: præſumitur quippe eam ſi conſentire ac velle poſſet, patri dotem vindicanti ac repetenti aſſenſura, ut ſoluto matrimonio dos marito auferatur.

Denique reſpondetur interdum ac

certis

certis quibuſdam caſibus, propter evidentem æquitatem bonumque publicum legis authoritate fingi furioſum conſentire, cùm aliàs nemo abſens & ignorans pro conſentiente habeatur, prout accidit in nuptiis filiorum filiarumque & in dotis repetitione, §. *Vnde quæſitum, l. de Nupt. l. ſi furioſi, Cod. eod. l. tam dementis, Cod. de Epiſcop. audient. dict. leg. 2. §. voluntatem, 2. digeſt. ſolut. matrim.*

Quæ fictio, ut ſola authoritate legis fingentis nititur, ſic nec in omni caſu locum habet, nec extra caſus prædictos ad conſequentiam trahi debet. Quod enim contra rationem juris communis eſt introductum, non debet ad conſequentiam produci, *l. Quod contra de regulis Iuris. l. Quod verò, digeſt. de Legibus.*

Ad ſecundum reſpondetur, Furioſum tunc obligari, cùm ex re actio deſcendit, *l. 24. & 46. ff. de obligat. & Act.* Ex re autem, Interprete Cujacio, dicitur venire actio, quæ non venit ex perſona ejus, quæ obligatur, ejusve conſenſu; ſed ex ipſius rei vel negotii, quod geritur,

Digitized by Google

natura cujuſmodi ſunt obligationes ex quaſi contractibus deſcendentes, quæ non ex conſenſu, qui in illis neq; expreſſus intervenit, neque tacitus; ſed ex rei ipſius geſtæ natura ipſaque æquitate proficiſcuntur. Idcircò autem ex ejuſmodi negotiis furioſus obligatur, quia id æquitas ſuadet, quæ non patitur, ut alieno damno quis fiat locupletior. Quæ etiam ratio eſt, quod *in d.l. 3. §. 5 ff. de negot.* geſtis tenetur ex quaſi contractu actione negotiorum geſtorum: cum hæc actio non ex conſenſu ſed ex negotio duntaxat geſto proficiſcatur: Id quod in cæteris quoque quaſi contractibus; hæreditatis aditione exceptâ, obtinere diximus. Neque refragatur, quod *in d. l. 5. de R. I.* generaliter dicitur, furioſum nullum negotium gerere poſſe: ℞. Nam id primo de eo intelligendum eſt negotio, quod conſenſum, voluntatem atq; animi judicium deſiderat. Deinde in caſu, *d.l.* 3. § 5. furioſus non obligatur ex negotio à ſe; ſed ab alio geſto & contracto.

Ad Tertium ℞. In *l. Marcellus, ff. de fidejuſſ.* Ulpianum diſſerere de fidejuſſore pro furioſo obligato: At fidejuſſor poteſt acceſſiſſe, obligationi ante furorem contractæ, id quod tot probatur legibus, in quot

Digitized by Google

quot dicitur, furioſum non poſſe negotium contrahere, de quibus ſupra. Præterea, cùm, ut ex prædictis patet, furioſus obligetur, quotiens ex re obligatio naſcitur, *d. l. 24. & 46. ff. de obligat.* Nihil prohibet quominus, *d. l. Marcellus*, de furioſo, taliter obligato, accipiatur.

Quod ad quartum & ultimum, in quo aſſumebatur, furioſum delinquere & ex delicto obligari de eo, quia admodum controverſum eſt, in prox. ſequent. quæſtione prolixius differemus.

QUÆSTIO II.

An furioſus ex delicto obligetur?

OCcaſione præcedentis controverſiæ, An furioſus ex pacto & conventione obligetur? quæſtio ſuboritur non minus intricata, *An furioſus ex delicto ſuo in furore contracto obligetur?* In qua quæſtione itidem accuratè diſtinguendum inter eum qui continuo furore laborat, & illum, qui dilucida habet intervalla; ut ille quidem delinquere & delicto ſeſe obligare nequeat, neque propter delictum, in ipſo furore commiſſum, puniri debeat: Hic verò, ſi eo tẽpore, quo furor ipſius remiſſus eſt, deliquerit, ſeſe obliget ad pœnam ordinariam, atque delictum contrahat.

Et quod furioſus continuo furore laborans delicto obligationem non contrahat, nec ad pœnam ſeſe obſtringat hiſce probatur argumentis.

1. Quicunque non habet voluntatem & propoſitum delinquendi, is non dicitur delictum commiſiſſe, cùm animus diſtinguat delicta, *l. 53. princip. ff. de furt.* Et ſine conſilio delinquendi delictum commiſſum non dicatur, *l. 5. C. de injur.* Furioſus non habet animum delinquendi.

2. Delictum non committit, in quem nec dolus, nec culpa cadit, cùm delicta ſine dolo vel culpa non committantur: Atqui furioſus doli, ut & culpæ eſt expers, *l. 3. §. ſecundo, ff. ad L. Aquil.* Quare ſequitur furioſum propriè non delinquere, nec ob delictum in furore admiſſum pœnâ afficiendum.

3. Confirmat hanc ſententiam, *l. 12. ff. ad L. Cornel. de ſicar.* In qua Modeſtinus: *Infans vel furioſus ſi hominem occiderint, lege Cornelia, non tenentur; cum alterum innocentia conſilii tueatur, alterum fati infelicitas excuſet.*

4. Approbat inſuper id ipſum quoque

que JCtus Macer *in l.* 14. *ff. de offic. proconſ. Divus Marcus*, inquiens, *& commodus Scapulæ Tertyllo reſcripſerunt in hac verba: Si tibi liquido compertum eſt, Ælium Priſcum in eo furore eſſe ut continua mentis alienatione, omni intellectu careat, nec ſubeſt ulla ſuſpicio matrem ab eo ſimulatione dementia modo occiſam; potes de modo pœna ejus diſſimulare, cum ſatis furore ipſo puniatur, & tamen diligentius cuſtodiendus eſt, & ſi putabis, etiam vinculo coercendus, quoniam tam ad pœnam, quàm ad tutelam ejus & ſecuritatem proximorum pertinebit: Si verò, ut plerunque aſſolet, intervallis quibuſdam ſenſu ſaniore, non fortè eo momento ſcelus admiſit, nec morbo ejus danda eſt venia, diligenter explorabis, & ſi quid tale compereris, conſules nos, ut æſtimemus, an per immanitatem facinoris, ſi cum poſſet videri ſentire, commiſerit, ſupplicio afficiendus ſit. Ex quibus intelligitur furioſum propter delictum in ipſo furore commiſſum puniri non debere.*

5. Præterea his accedit quoque Ulpianus *in l.* 5. §. 2. *digeſt. ad L. Aquil.* ubi in hæc verba ſcribit: *Et ideo quærimus*, ſi furioſus damnum dederit, an legis Aquiliæ actio ſit: *Et Pegaſus negavit: Quæ enim in eo culpa eſt, cùm ſuæ*

mentis non ſit: Et hoc eſt veriſſimum: Ceſſabit igitur Aquilia actio, quemadmodum ſi quadrupes damnum dederit.

6. Idemque Ulpianus, *in l.* 3. §. 1. *ff. de injur. Sanè ſunt quidam,* inquit, *qui facere injuriam non poſſunt, utpote furioſus & impubes, qui doli capax non eſt. Namq; hi pati injuriam ſolent, non facere: Cum enim injuria ex affectu facientis conſiſtat, conſequens eſt dicere, ſive pulſent, ſive convitium dicant, injuriam feciſſe non videri.*

7. Poſtremo expreſsè comprobat ſententiam hanc noſtram Ulpianus *in l.* 13. §. 1 *ff. de offic. præſid.* ubi ait: *Furioſis, ſi non poſſint per neceſſarios contineri, eo remedio per præſidem obviam eũdum eſt, ſcilicet ut carcere contineantur; & ita Divus Pius reſcripſit. Sanè excutiendum Divi fratres putaverunt in perſona ejus, qui parricidium admiſerat, utrum ſimulato furore facinus admiſiſſet, an verò revera compos mentis non eſſet, ut ſi ſimulaſſet plecteretur: Si fureret in carcere continetur.*

Hactenus dictis non obſtat, *L.* 3. § *Ignoſcitur, ff. ad ſe: Syllan.* ubi ſc. Syllanianum remittit ſervo furioſo pœnam Domini non defenſi; Unde Duacenus concludit, quod ſi Sctum non remiſiſſet nominatim, eum ipſo jure ex delicto hoc obligatum ſupplicio afficiendum fuiſſe.

℞. Hoc,

℟. Hoc, inquam, non obſtat: Nam quod illic dicitur: *Furioſos excipi, nequaquam dubium eſſe*; manifeſtè arguit, non ſpeciali S^cti illius beneficio, ſed communi jure furioſos ab hac pœna eximi: Alioquin de his dubium eſſe potuiſſet, cum S^ctum eos non expreſſiſſet, aut ſi expreſſiſſet, Ulpianus non dixiſſet furioſos excipi, non eſſe dubium; ſed ignoſci furioſis, uti S^cto illo ſpecialiter ignoſcitur his, qui ætate defecti, qui ſurdi, & qui cœci, Et quod furioſi à pœna admiſſi non ex ratione ſingulari atque ex privilegio, ſed ex jure communi & ratione juris communis abſolvantur liquidò pateſcit, ex *l.* 5. §. 2. *ff. ad L. Aquil. l.* 3. §. 1. *ff. de injur.*

Similiter non adverſatur, quod bruta etiam animalia quibuſdam caſibus ſupplicio afficiantur ob facinus perpetratū, veluti propter Sodomiam, *Can. Mulier. cauſ.* 15. *q.* 1. cùm tamen plus abſit bruto, quàm furioſo: Ac proinde multò magis furioſus ſupplicio affici debeat.

℟. Primò enim animalia bruta delinquere ac pœna coërceri poſſe negamus ac pernegamus. Cùm n. ut paulò ſupra dicebatur, animus diſtinguat delicta, *l.* 53. *pr. ff. de furt.* Et quæ ſine culpa & dolo committuntur puniri non ſoleant, *l.* 5. §.

2. *ff. ad*

2. *ff. ad L. Aquil.* In brutis verò neque animus ſit delinquendi, neque dolus, neque culpa, *l.* 1. *ff. ſi quadr. paup. feciſſ. dic. d. l.* 5. § 2. *ff. ad L. Aquil.* Infallibiliter ſequitur bruta, ut delinquere non poſſunt; ita quoque puniri non poſſe. Neque impedit quod brutum cum muliere coëunt occidi unà cum muliere jubeatur, *d. Can. mulier.* & *Levit. cap.* 20. Ac brutum occidens hominem obrui divinâ lege jubeatur *Exod. cap.* 21. Reſpondetur. Hoc enim non eſt ſancitum ac conſtitutum in pœnam brutorum, ſed potius ad tollendam tam horrendi facinoris memoriam. Atque hoc voluiſſe ac ſenſiſſe D. Auguſtinum *in d. can. Mulier.* ex verbis ejus manifeſtè relucet: Sic enim ait; *Mulier, quæ acceſſerit ad omne pecus & vult aſcendi ab eo, interficietis mulierem, & pecus, morte moriantur: Rei ſunt. Quæritur quomodo ſit reum pecus, cum ſit irrationale, nec ullo modo legis capax? pecora inde credendum eſt juſſa interfici, quia tali flagitio contaminata, indignam refricant facti memoriam.*

Non adverſatur præterea quod corpora defunctorum interdum puniantur, in eaque propter admiſſum delictum ſæ-

viatur,

viatur, *l. 2. Cod. de cadav. punit.* Quocirca furioſus multo magis puniendus videatur.

Reſpondetur primò enim morte aboleri crimen ac conſequenter pœnam defunctis irrogari non poſſe probant expreſsè, *l. unic. Cod. Ne ex defuncti delict. l. defuncto, digeſt. de public. judic. l. 2. Codice ſi reus vel accuſ. mort. fuer.* Quod autem in cadavera defunctorum ſævitur, quando quis ultimo ſupplicio deſtinatus mortem ſibi ipſi fraudulenter conſcivit, quo pœnæ ſeſe ſubduceret, id propterea fit, ne fraus proſit facinorosis, & ut exemplo ſint aliis ad deterrendum à conſimilibus facinoribus. Deinde diverſa eſt ratio horum, atque illius, qui in furore deliquit: Illi enim ex propoſito ac dolo malo delictum perpetrarunt, quod delictum non extinguitur, niſi delinquentes, naturâ ipſa, nullâ vi adhibita, ex hac vita deceſſerunt *Muſcorn. de Iuriſdict. num.* 47. At furioſi ne quidem ab initio delictum commiſiſſe intelliguntur, deficiente in illis animo ac propoſito delinquendi.

Non adverſatur præterea, *l. 14 ff. de offic.*

offic. præſid. unde ſic argumentantur: Si furioſus in furore delinquens ideo puniri non debet, quia ipſo furore ſatis affligitur & punitur, nec afflictio debet addi afflicto, *l. jure ſuccurſum, 6. ff. de jure dot.* Non equidem ipſo jure à pœna immunis eſt furioſus, ſed ex commiſeratione: atq; per conſequens jure regulari puniri debet.

℞. Etenim non ſolùm ex ratione iſta, quòd afflicto non debeat addi afflictio, furioſus non punitur, nec ex quadam cōmiſeratione duntaxat à pœna abſolvitur; ſed ex ratione juris communis, ut ſupra oſtenſum fuit; Quod nempè neque animum habeat delinquendi, Neque ullius doli aut culpæ ſit particeps: Unde ſequitur manifeſtè, quod nec jure communi & regulari puniri debeat furioſus.

Denique non impedit, quod ex *d. l.* 14. verbis: *Conſules nos, ut æſtimemus an per immanitatem facinoris, ſi cùm poſſet videri ſentire, commiſerit ſupplicio afficiendus ſit,* ſignificari videatur, immanitatem facinoris in ipſo furore perpetrati efficere, ut æquè puniatur, ac ſi ſana mente perpetraſſet, quia eadem immanitas ac feritas pœnæ ſubjiciat brutum.

℞. Etenim ſi immaniſſimum ac planè beſtiale ſit crimen, cujuſmodi parricidium

dium & Sodomia eſt, poteſt interdum videri per ſimulationem fieri: Nec enim adeò depravata mens putatur illicò, ut omnem omninò humanitatem depoſuerit; Verùm ex hac præſumptione quæ ſola, *in d. l. Divus Impp. verſ. Conſules.* urgetur, non ſtatim regulare jus colligendum, ac ſi ob delictum immane furioſus ſit omninò pœnâ affligendus: Alioquin Impp. non juberent de eo inquirere, ſingula diligenter obſervare & ad ſe referre ut ex circumſtantiis æſtiment, an per diſſimulationem vel verum furorem tã immane & inhumaniſſimũ delictum commiſerit. Poſtremò nec illud reſiſtit ſententiæ noſtrę, quod furioſus ob delictum in furore commiſſum jubetur carceri mancipari, *d. l. 14 ff. de offic. præſid.*

Nam ibi carcer, ut & aliàs regulariter, non eſt pœna ſed cuſtodia, *l. Aut damnum 8. § ſolent ff. de pœn. l. ſi quis filio, 6. §. ejus. 7. ff. de inoff. teſtam.* Quare furioſus carceri includi non jubetur idcircò, ut admiſſi ſui pœnam luat; ſed quo cuſtodiatur, ne inpoſterum quoque damnum aliquod inferat. Atque hæc vera ſunt ac procedunt, etiamſi furioſus, qui in furore deliquerat ad ſanam redierit mentem propter fundamenta & rationes ſupra

pra adducta vide Tiraq. *tr. de pœn. cauſ. 2. n. 8. & 9.*

QUÆSTIO III.

An furioſus propter delictum ante furorem perpetratum, in ipſo furore puniri debeat?

SI itaque, ut ex prædictis patet, furioſus, ejus, quod in furore admiſit, pœnam non patitur, porrò quæritur, *An propter delictum, ante furorem admiſſum, in ipſo furore & dum furit, puniri queat?*

Videtur prima fronte dicendum, quod non, 1. Quia afflictio non debet addi afflicto, *l. 6. ff. de iure dot.* Atqui furioſus ſatis furore affligitur. Quare illi non debet alia addi afflictio; Et per conſequens propter delictum, quod prius admiſit, nunc, poſtquam in furorem incidit, puniri non debet.

2. Quia qui propter perpetratum facinus ſufficientem ſuſtinet pœnam; is amplius puniri non debet; cum pœna modum delicti excedere non debeat: Atqui furioſus ipſo furore ſatis punitur, *l. 14. ff. de offic. præſid.* Quare furioſus amplius puniri non debet.

3. Si morte naturali crimen propterea extinguitur, ac criminis pœna aboletur,

tur, quia pœna conſtituitur in emendationem hominum, mortui verò amplius emendari nequeunt; ſequitur, furore etiã ſuperveniente, crimen extingui & criminis pœnam tolli, cum furioſus, quandiu eſt furioſus, non magis, quàm mortuus, emendari queat: Atqui verum eſt prius, per textum expreſſum, *in l. 20. ff. de pœn.* Sequitur ergo per ſupervenientem furorem extingui crimen ac criminis pœnam.

4. Quia furioſus eſt abſentis & quieſcentis loco, *l. 2 §. furioſus, ff. de jure codicill. l. 124. de R. Iur.* Atqui nemo abſens condemnari poteſt ad pœnam corporalem, *l. Abſentem, ff. de pœn.*

5. Nemo poteſt ad pœnam præſertim corporalem condemnari, niſi crimen confeſſus de eoque convictus fuerit, *l. Qui ſententiam, C. de pœnis.* At furioſus non poteſt dici de crimine confeſſus, vel convictus, quia loco abſentis eſt, ut modò dictum, ejuſque nullus conſenſus eſt nulla voluntas, *l. 40. de Regul. Iuris.*

Verùm enim vero contraria opinio, quod ſcilicet furioſus ob delictum ante furorem admiſſum, durante furore, puniri poſſit, verior nobis videtur, ac ſequentibus argumentis confirmatur.

1. In

1. In *l.7.§.5.C. de Curat. furioſ.* Sancit Juſtinianus ut filius, qui, dum adhuc ſanę mentis eſſet, ingratus erga parentem fuerit, ſi poſt in furorem inciderit, poſſit, durante furore, in pœnam ingratitudinis exhæredari; Unde liquet, eum qui ſanus deliquit, poſtea furioſum factum puniri poſſe.

2. Confirmat idipſum quoque, *l. 14. ff. de offic. præſ.* Ubi expreſsè ſtatuitur delictum, tempore intermiſſi furoris admiſſum, ob furorem non manere impunitum, nec morbo ſive furori veniam dari: Verba legis hæc ſunt: *Si verò, ut plerumq; aſſolet, intervallis quibuſdam ſenſu ſanior eſt, num fortè eo momento ſcelus admiſerit, nec morbo ejus danda venia, deligenter explorabis.*

3. Accedit quod obligationem prius contractam non tollat furor ſuperveniens, *l. 8. ff de his qui ſui, l. 70. §. 4. ff. de fidejuſſ.* Et ideo furioſus ex delicto antea perpetrato obligatus, poſt furorem quoque ſupervenientem ex eodem obligatus cenſeatur.

4. Quotiens de delicto puniendo quæritur, placet non inſpici conditionem rei illius temporis, quo pœna eſt irroganda; ſed potius ejus temporis, quo delictum dicitur admiſſum, *l. 1. ff. de pœn.* Ex his itaque

que efficitur à pœna delicti ante furorem perpetrati, neminem liberari, furore poſt ſuperveniente.

Nec infringunt hanc ſententiam contrariæ opinionis fundamenta:

Non primum: Quia quod dicitur: Afflictionem non eſſe addendam afflicto, id hoc modo accipiendum, niſi afflictioni iſti ſuo maleficio cauſam & occaſionem præbuerit; Hujuſmodi quippe afflictionem non alius afflicto, ſed ipſe ſibimetipſi addit.

Ad ſecundum ℞. Aſſumptionem ejus, quod nempe furioſus criminis reus ſatis furore puniatur, de crimine in ipſo furore admiſſo accipiendam; De hoc ſiquidem & ipſe JCtus *in d. l.* 14. nominatim atque expreſsè loquitur. Illum verò qui tẽpore intermiſſi furoris deliquit, ipſimet Impp. *in d. l.* 14. non ſatis puniri nec ſatis affligi furore agnoſcunt.

Ad Tertium ℞. per mortem reatum idcircò extingui, quia, ut Bald. *in l. unic. C. Ne ex defunct. delict.* tradit pœnæ, præſertim corporales, ideo infliguntur, quo per eas corpora affligantur delinquentium, corporum autem defunctorum nullus amplius ſit ſenſus. At cum furioſi utique corporalem ſentiant dolorem illorumq; corpora

corpora affligi queant; palam eſt, diverſam eſſe rationem corporum mortuorum ac furioſorum, neque in his omnem deficere pœnæ finem. Quin etiam hic finis eſt pœnæ, ut exemplo deterreantur alii à facinoribus, *l.* 16. §. *fin. ff. de pœnis*, quem & ipſum in furioſo obtinere, palam eſt.

Quanquam itaque unus pœnarum finis, qui in emendatione ipſorum delinquentium conſiſtit, in propoſito deficiat, quia tamen cæteri in furioſo obtinent, non video quid prohibeat pœnam furioſo infligere.

Ad Quartum reſpondeo furioſum non in omnibus haberi abſentis ac quieſcentis loco; ſed illis duntaxat quæ conſenſum atque animi judicium deſiderant, ſententia autem fertur etiam in invitum: Quocirca cum de eo condemnando agitur non habetur pro abſente.

Idem quoque ad poſtremum reſpondendum exiſtimo, cum invitus quoque & non conſentiens convinci poſſit. Et quid de eo dicemus, qui de crimine confeſſus & convictus eſt; cùm adhuc ſanæ eſſet mentis, poſt verò in furorem incidit? Et quid de eo dicetur, cujus delictum adeò notorium eſt, ut ulteriori probation

non

non indigeat? Hiſce ſanè caſibus pœnâ affici furioſum poſſe, expeditum eſt.

Non utique ignoro Harprechtum, ſecutū Andræum Fachineum hoc omne, an furioſus, durante furore, ob delictum prius admiſſum puniri debeat? arbitrio judicis relinquere, propterea quod neque *in d. l.* 14. neq; alibi in jure certi quid hac de re ſit definitum; ſed potius *in d. l.* 14. ſtatuatur judicem diligenter explorare & inquirere debere, an facinus à ſverè furioſo commiſſum ſit, principemque conſulendum eſſe, qui æſtimet, utrum delinquens ſupplicio ſit afficiendus?

Verùm cùm ex prædictis luculenter pateat, furioſum in ipſo furore puniendum, idque ex legibus perſpicuè probatum ſit, exiſtimo quæſtionem hanc, in jure deciſam, judicis arbitrio non eſſe commiſſam: *in d. l.* 14. agitur de eo, de quo nondum certò conſtabat, an delictum ante, an verò poſt furorem admiſerit, de hoc autem priuſquam conſtet, putant Imperatores pœnam differendam, & inquiſitionem inſtituendam. Quod ſi verò conſtiterit de delicto ante furorem commiſſo, ajunt expreſsè morbo, ſive furori veniam non eſſe concedendam.

Obſer-

Digitized by Google

Obſervandum tamen hic eſt, quod etſi hæc ita, legum inſpectis fundamentis, ſe habeant, æquitas tamen & humanitas ſuadere videatur, furioſum hoc caſu non afficiendum pœnâ corporali, ſed bonorum duntaxat publicatione mulctandum. Quam opinionem & veriorem & receptiorem eſſe, tradit Menochius *lib. 2. quæſt. arbitr. 326.*

Quæstio IV.

Quinam dicatur infantia & qui pubertati proximi?

SEcundò è numero eorum qui paciſci prohibentur ſunt pupilli: pupillus, propriè loquendo, is eſt, qui cùm impubes eſt, patre orbatus eſt ejúſque poteſtate exiit vel morte, vel emancipatione, *l. pupillus, 239. ff. de V. ſignif.* In qua Pompon. *pupillus eſt, qui cùm impubes eſt, deſiit in patris poteſtate eſſe aut morte interceptus, aut emancipatione.* Verum in largiori ſignificatione dicitur pupillus promiſcuè is, qui nondum pubes eſt, ſive in poteſtate ſit patris, ſive eâ liberatus ſui ſit juris, *l fin. §. 2. ff. de V. obligat. l. 4 C. de Neceſſ. ſervis hæred. Inſtit.* Hoc verò in loco pupillus in priori ac propria ſignificatione accipitur, de impubere, qui patre deſtituitur, quiq; in tutoris

tutoris eſt poteſtate. Sunt autem pupillaris ætatis tres gradus. Infantia, proximitas infantiæ & proximitas pubertati, §. *pupillus*, 7. *l. de inutil. ſtipulat.* Ex quo & pupilli alii dicũtur infantes, alii infantiæ proximi, alii proximi pubertati. Infantes ſunt qui non intelligũt quid dicatur, aut quid agatur, *l. 70. ff. de V. O. l.* 1. §. 1. *ff. de acquir. hæred.* proximitas infantiæ eſt illorum, qui, quod dicitur, intelligunt, non autem quod agitur intelligunt, *l. 9. ff. de acquir. poſſ.* proximi pubertati, qui intelligunt quod dicitur, quodq; agitur, *l. 14. ff. ad Silanian.* At quonam ætatis anno tales judicentur, quæſtio eſt admodũ controverſia. Et variæ de ea interpretũ ſententiæ extãt quarum præcipuas nunc ſubjiciam.

Prima opinio eſt illorũ, qui hoc omne judicis arbitrio determinandum relinquunt; Fundamenta verò illius hæc ſunt.

1. Quod à judicis arbitrio pendere debeat quod in jure noſtro determinatum ac definitum non eſt, *l. 1. in fine, ff de jure delib. c. ult. extr. de tranſact.* Nullibi autem in jure definitum ac determinatum reperiatur, quinam ſit pubertati proximus & qui proximus infantiæ; proinde iſtud arbitrio & diſcretioni judicis relinqui debeat.

2. Quia non eadem eſt omnium regionum conditio; ſiquidem in quibuſdam citius pubeſcunt quã in aliis; etiam una regio callidiores habet pueros, quam altera, ut de pueris Normannis & Longobardis notat gloſſa; Atq; de Hiſpanis ꝙ verſuti ſint & callidi; Quin & ipſorum puerorum non idem eſt omnium ingenium; ſed unus callidor eſt ac verſutior altero, ut proinde ex hac quoq; ratione dicendũ videatur arbitrio judicis determinandũ relinqui quinam proximus ſit pubertati & qui infantiæ ſit proximus; ſic tamen ut judex rationem habeat, tum ingenii pupillorum; tum regionis, ex qua oriundus eſt pupillus; tum aliarum circumſtantiarum & qualitatum ob quas ex certiſſimo Aſtrologorum judicio fieri poſſit ut unus eadem ætate plus vel minus habeat intellectus, quàm alius. Cæterũ ſententia hæc recipienda non videtur: Quod n. in jure, quis pubertati ſit ꝓximus? definitũ reperiatur ex ſequentibus perſpicuum evadet.

Quare *ad primum* fundamentum hujus opinionis reſpondeo, id demum judicis arbitrio eſſe committendum quod neq; verbis expreſſis in lege determinatum ac definitũ eſt, neq; etiam exinde per bonã conſequentiam decidi ac definiri poteſt.

Jam

Jam etſi nuſquam fortaſſis in jure noſtro deciſum ac determinatũ reperiatur quinam proximus ſit pubertati: Id tamen per bonũ conſequentiã ex legibus deduci ac definiri poteſt; ut poſtea demonſtrabitur.

Ad ſecundum reſp. negando conſequentiam: Tum quod id ſemper ſpectandum ſit, quod fit ut plurimum, *l. 3. & ſeqq. ff. de Leg.* atq; ideo ea ætas pubertati proxima ſit judicanda, qua impuberes ut plurimũ atque communiter incipiunt intelligere quid dicatur quidq́; agatur. Tum etiam quod ſi quæ vis huic ineſſet argumento, concluderet etiam, propter diverſitatem ingeniorum, puerorum, nec non regionum, unde illi ſunt oriundi, non poſſe legibus definiri ac determinari quinam infans ſit aut infantiæ ꝓximus quiq́; pubes ſit: At hoc falſum & abſurdũ, proinde argumentum propoſitum nihil concludet.

Secunda opinio eſt illorum qui ſtatuunt, eum pubertati eſſe proximum, qui cui ad plenam pubertatem ſex menſes adhuc reſtant: Moventur autem his rationibus.

1. Quod *in l. Non tantùm, 17 ff. de Excuſat. tut.* ætas illa dicatur prope pubertatẽ eſſe, cui ad pubertatem tantùm ſemeſtre tempus reliquum fuerit.

2. Quod idem etiam confirmet, *l. Excipiuntur, ff. ad Sylanian.* ubi proponitur, Trebatium Germanum legatum ſupplicium ſumi juſſiſſe de eo impubere, qui à pubertate non multum abfuerit: Atq; de proximo duntaxat pubertati ſumi ſupplicium poteſt, §. *in ſumma, ff. de obl. quæ ex delicto naſc.* Et non multum à pubertate abeſſe dicitur is, cui ad pubertatem adhuc ſemeſtre deeſt. Igitur pubertati proximus dicendus videtur, cui ſex menſes adhuc ad puberem ætatem abſunt.

3. Cum dictio *propè*, item *proximè* ad ſemeſtre tempus ab ipſo Juſtiniano referantur, *in l. properandum*, §. *Et ſi quidem, C. de judic. d. l. Non tantum*, 17. *ff. de Excuſat. tut.* ſequatur inde quod proximus pubertati ſit, cui deſunt ſex menſes, ſive ſemeſtre.

4. In *c. Continebatur, 6. extra de deſponſat. Impub.* puella dicitur pubertati proxima, quæ in anno 11. vel circa annum 12. eſt conſtituta, hoc eſt, cui ſex menſes adhuc ad pubertatem deſunt.

Verùm nec hæc opinio ſubſiſtere poteſt, ut quæ nullo penitus fundamento aut textu innitatur: Qui enim hactenus pro ea ſtabilienda adducti ſunt, parum, vel nihil ad rem facere videntur.

Adpri-

Ad primum enim quod attinet reſpondeo, *In d. l. Non tantùm* 17. non eſſe JCto propoſitum ætatẽ pubertati proximam definire ac determinare; ſed quæſtionem ſolùm hanc tractare & decidere. *An ne is, qui tria habebat tutelæ onera, ſi tertia prope finem ſit, propter ætatem pupilli*, quarta ſit onerandus? Ad eam que quæſtionem ita reſpondere JCtum ut ſi brevi ſperetur tutelæ finis, puta quod ſex adhuc menſes abſint à pubertate ejus pupilli, tum à quarta tutela non excuſetur. Præterea non ſequitur; proximus pubertati eſt, cui ad tutelã ſex adhuc menſes deſunt, Ergo non eſt proximus pubertati cui longius adhuc tempus deeſt: Nam perinde eſt ac ſi quis ita concluderet: proximus eſt pubertati cui duo deſunt dies: Ergò non eſt proximus pubertati, cui longius tempus deeſt.

Ad ſecundum ℞. In *d. l. Excipiuntur*, ſimiliter nihil temporis exprimi, ex quo debeat tantùm illa proximitas æſtimari: ſed ſignificari ſolùm, quænam fuerit pueri illius; de quo Trebatius ſuppliciũ ſumpſit, ætas: Ait enim JCtus Trebatium Germanum Legatum juſſiſſe ſupplicium ſumi de eo impubere, qui pubertati fuerit proximus: verum non ſubjungit JCtus quot annos habuerit ille impubes; Adhæc non

ſequitur, ut proximè reſpondi, pubertati p̄ximus eſt cui ad pubertatē ſemeſtre deeſt. Ergo is tātùm eſt proximus pubertati.

Ad Tertium ℞. Non ſequi; particula *propè* item *proximè* refertur à Juſtiniano, *in d. l. properandum,* ad ſemeſtre tempus. Ergo pręcisè ac ſemper denotat ſemeſtre: Nam pro diverſitate materiæ ſubjectæ particulæ iſtæ variè accipiuntur, & quod nō præcisè referātur ad tempus ſemeſtre probat *c. continebatur. extra de deſponſat. Impub.* ubi proxima pubertati etiam illa dicitur puella, quæ annum agit undecimum, vel annum attigit duodecimum, cuique plus adhuc, quam ſemeſtre, deeſt.

Ad Quartum ℞. In matrimonialibus, cum quæritur quinā proximus ſit pubertati, ad hoc ut matrimonium ei concedi debeat, rectè dici proximam illam eſſe pubertati quæ ſit in undecimo anno vel circa duodecimum, quia tunc utplurimū ſolet malitia ſupplere ætatem: Ac proinde adductum *c. Continebatur*; extra terminos, in quibus loquitur, non extendendum exiſtimo. Præterea, ſi rectè conſideretur, non probat hanc opinionem, quod nempe proximus tantùm ille ſit pubertati, cui deeſt ſemeſtre: Undecimus n. annus, cujus meminit, *d. cap. Continebatur.* de

anno

anno undecimo cœpto, non de penè perfecto intelligi debet: q. ſi verba illa quæ ſubſequuntur (*vel circa duodecimũ*) intelligenda ſunt de ſemeſtri, ut volunt diſſentientes, ante finem anni duodecimi: Neceſſariò ſequitur illa verba (*in undecimo*) intelligenda eſſe de undecimo ſolùm cœpto, & non dimidiato.

Tertia opinio eſt illorũ, qui eum dicunt pubertati proximũ, qui tribus duntaxat diebus à pubertate diſtat: Quorũ fundamẽta hæc ſunt. 1. In *l. 3. §. pen. ff. de lib. exhib.* in qua ſtatuit Ulp. proximũ pubertati eũ eſſe, qui puberẽ ætatem jam ingreſſus ſit.

℞. Sed hæc *l. 3* penitus nihil ad rem facit: 1. quod JCtus duntaxat proximũ prætextæ illum appellat, qui puberem ætatẽ jam eſt ingreſſus, neq; hujus, vel illius temporis meminit, nec definit etiam quinam ſit proximus pubertati, ſed quinam ſit prætextæ proximus: Dicit autẽ eum eſſe proximum prętextæ, qui puberem ætatẽ jam tum ſit ingreſſus: Conſueverunt quippe Romani ſtatim, ex quò pupillarẽ ætatem erãt egreſſi, h. e. maſculi anno 14. expleto prætextam ſumere, q̃ anno decimo ſeptimo exuebant, ſumptâ virili toga. 2. Deinde ſi textus de proximo pubertati loqueretur, tũ ſenſus legis foret abſurdiſſimus;

hic nempè quod proximus pubertati ſit is, qui puberem ætatem jam ingreſſus ſit.

2. In *cap. Ad noſtram. de Regula,* conſtitutum eſt, minorẽ quatuordecim annis non allegari monaſterio: egreſſum verò annum illum decimum quartum & per triduũ in illa religione perſeverantem, verè dici ingreſſum religionem, quemadmodum ergo ſpatium trium dierũ facit, ut is inter majores habeatur, ita hoc loco efficere debet, ut pubertati ꝓximus dicatur.

℞. Verùm ad rem non confert hoc argumentum, 1. Quia poſito eo, quod is dicatur proximus pubertati, qui à pubertate tribus duntaxat diebus diſtat, non tamen negatur, quin & is pubertati proximus ſit, qui à pubertate longius abeſt: Unius quippe incluſio nõ eſt alterius excluſio, 2. Quia argumentum hoc à diverſis procedit & planè ſeparatis: Nã nos loquimur de impubere, qui pubertati proximus eſt: At textus adductus de pubere, ſive de eo, qui pubertatẽ jam tum ingreſſus eſt. Deniq; ſi argumentum, ex *d. c. Noſtram* deductum in præſenti quæſtione quicquam concluderet, tum exinde quoq; ſic inferre liceret, quod quemadmodum is qui per annum vel biennium in religione perſeverat, religionẽ dicitur ingreſſus; ita

quoq;

quoq; proximũ pubertati eum dicendum eſſe, q anno vel biennio à pubertate abſit.

Quarta Opinio eſt illorum, qui, ut quis pubertati proximus dicatur, requirunt, ut annũ exceſſerit ſeptimum: eò quod proximus pubertati ſit is qui doli eſt capax, *l. Apud celſum, §. Deinde, ff. de dolo malo. l. Qui juraſſe, ff. de injur. l. Impuberẽ ff. de furt.* Atqui doli capax ſit is qui ſeptennium cõpleverit, *c. 1. in verb. grandiuſculus, de delict. puer.* Itẽ quod proximus pubertati ſit, qui jam aliquem habet intellectum, *d. l. Impuberem*: Is verò, qui exceſſit annum ſeptimum, habeat intellectum, *l. in ſponſal. ff. de ſponſal.*

Verùm & hæc opinio non immeritò reprobatur: Etenim eum, qui infantiã jam modò exceſſit, dici pubertati proximum, apertè faſum eſt; cum proximus dicatur infantię, ut ſupra oſtenſum fuit. Exindeq; ſequeretur ætatem pupillarẽ duos ſaltem habere gradus: infantiam & pubertati ætatem proximam, quod abſurdum & contra textus juris apertiſſimos, quibus in tres gradus ætatem impuberem diſcerni liquidò probavimus. Cæterùm quando dicitur; Eum qui infantiam, ſive ſeptennium complevit doli eſſe capacem & aliquem habere intellectum, intelligendum id non eſt de de eo, qui infantiã modò ex-

vis enim proximus dicatur & is, quē nemo antecedit, licet aliquis ipſum ſequatur; tamen & proximum illum dici quem nemo ſequitur, argumento eſt infantiæ proximus. Hoc igitur in loco pubertati proximus dicitur is, quem ante pubertatem nemo ſequitur; ſive inter quem & puberem nemo intercedit.

Quapropter, his interpretū opinionibus ordine rejectis ac cōfutatis, exiſtimo ſic omnino ſtatuēdum: Infantes dici impuberes uſq; ad annum ſeptimum cōpletum, *l.18.pr.C.de jure delib.l.1.§.2.ff. de adm. tut.* ubi illi, qui fari poſſunt, dicuntur minores ſeptem annis. Reliquos verò impubertatis annos in duas æquales partes ſecādas; quarū prima dicatur infantię proximitas; Altera vero proximitas pubertatis, Ac proinde maſculus proximus dicatur infantiæ ab initio anni octavi uſq; ad annū decimū cum dimidio completū: Ab hoc verò uſq; ad annum decimū quartum completum dicatur proximus pubertati Fœmina verò infantiæ proxima dicatur à ſeptimo anno cōpleto ad annum nonum cum dimidio completum: ab eoq; annum duodecimū proxima pubertati. Nā poſt infantiam uſque ad pubertatem ſunt in maſculo ſeptē anni & in fœmina quinq;

quare

quare ex quo exceſſit quis dimidiā hujus temporis partē, magis pubertati quā infantię proximus dici debet; Quod ſanè optimū eſt ſententiæ noſtræ fundamentū.

Accedit huic quod experientia teſtatur maſculos, poſtquam annum decimum & ſex menſes: Fœmina verò novem cum ſemeſtri compleverint regulariter atq; cōmuniter incipere ea ætate habere aliquē intellectum eorum, quæ agunt: proinde ab ea ætate merito proximi pubertati dicentur; Cum illi qui, quod agunt, intelligunt, proximi pubertati in jure dicantur, *d. § 18. I. de obl. quæ ex delict. naſc.* Deniq; cum in dubio verſamur mediam viam, ut tutiorem, eligere convenit, *l. Et hoc Tiber. ff. de hær. inſt. § fi. I. de vulg. ſubſtit § 6. in ver.* Nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos hæredes eſſe, *I. de hær. inſtituend.* Sic n. Juſtinianus mediam ſimiliter viam circa legem Æliam Sentiam elegit Hæc enim cum nō permitteret ſine cauſæ cognitione, atq; ita nec per teſtamentū manumittere, niſi major eſſet viginti annis Dominus: Et verò major quatuordecim annis de univerſis bonis ſuis teſtamento diſponere poſſet: Nec tamē omninò à legis diſpoſitione recedere æquum putaret, eò quod libertas res eſſet inæſtimabilis; idcirco

2. Quia non eadem eſt omnium regionum conditio; ſiquidem in quibuſdam citius pubeſcunt quā in aliis; etiam una regio callidiores habet pueros, quam altera, ut de pueris Normannis & Longobardis notat gloſſa; Atq; de Hiſpanis ꝙ verſuti ſint & callidi: Quin & ipſorum puerorum non idem eſt omnium ingenium; ſed unus callidor eſt ac verſutior altero, ut proinde ex hac quoq; ratione dicendū videatur arbitrio judicis determinandū relinqui quinam proximus ſit pubertati & qui infantiæ ſit proximus; ſic tamen ut judex rationem habeat, tum ingenii pupillorum; tum regionis, ex qua oriundus eſt pupillus; tum aliarum circumſtantiarum & qualitatum ob quas ex certiſſimo Aſtrologorum judicio fieri poſſit ut unus eadem ætate plus vel minus habeat intellectus, quàm alius. Cæterū ſententia hæc recipienda non videtur: Quod n. in jure, quis pubertati ſit ꝓximus? definitū reperiatur ex ſequentibus perſpicuum evadet.

Quare *ad primum* fundamentum hujus opinionis reſpondeo, id demum judicis arbitrio eſſe committendum quod neq; verbis expreſſis in lege determinatum ac definitū eſt, neq; etiam exinde per bonā conſequentiam decidi ac definiri poteſt.

Jam

Jam etſi nuſquam fortaſſis in jure noſtro deciſum ac determinatũ reperiatur quinam proximus ſit pubertati: Id tamen per bonũ conſequentiã ex legibus deduci ac definiri poteſt; ut poſtea demonſtrabitur.

Ad ſecundum reſp. negando conſequentiam: Tum quod id ſemper ſpectandum ſit, quod fit ut plurimum, *l. 3. & ſeqq. ff. de Leg.* atq; ideo ea ætas pubertati proxima ſit judicanda, qua impuberes ut plurimũ atque communiter incipiunt intelligere quid dicatur quidq; agatur. Tum etiam quod ſi quæ vis huic ineſſet argumento, concluderet etiam, propter diverſitatem ingeniorum, puerorum, nec non regionum, unde illi ſunt oriundi, non poſſe legibus definiri ac determinari quinam infans ſit aut infantiæ ꝓximus quiq; pubes ſit: At hoc falſum & abſurdũ, proinde argumentum propoſitum nihil concludet.

Secunda opinio eſt illorum qui ſtatuunt, eum pubertati eſſe proximum, qui cui ad plenam pubertatem ſex menſes adhuc reſtant: Moventur autem his rationibus.

1. Quod *in l. Non tantùm, 17 ff. de Excuſat. tut.* ætas illa dicatur prope pubertatẽ eſſe, cui ad pubertatem tantùm ſemeſtre tempus reliquum fuerit.

 2. Quod

2. Quod idem etiam confirmet, *l. Excipiuntur, ff. ad Sylanian.* ubi proponitur, Trebatium Germanum legatum ſupplicium ſumi juſſiſſe de eo impubere, qui à pubertate non multum abfuerit: Atq; de proximo duntaxat pubertati ſumi ſupplicium poteſt, §. *in ſumma, ff. de obl. quæ ex delicto naſc.* Et non multum à pubertate abeſſe dicitur is, cui ad pubertatem adhuc ſemeſtre deeſt. Igitur pubertati proximus dicendus videtur, cui ſex menſes adhuc ad puberem ætatem abſunt.

3. Cum dictio *propè*, item *proximè* ad ſemeſtre tempus ab ipſo Juſtiniano referantur, *in l. properandum*, §. *Et ſi quidem, C. de judic. d. l. Non tantum*, 17. *ff. de Excuſat. tut.* ſequatur inde quod proximus pubertati ſit, cui deſunt ſex menſes, ſive ſemeſtre.

4. In *c. Continebatur*, 6. *extra de deſponſat. Impub.* puella dicitur pubertati proxima, quæ in anno 11. vel circa annum 12. eſt conſtituta, hoc eſt, cui ſex menſes adhuc ad pubertatem deſunt.

Verùm nec hæc opinio ſubſiſtere poteſt, ut quæ nullo penitus fundamento aut textu innitatur: Qui enim hactenus pro ea ſtabilienda adducti ſunt, parum, vel nihil ad rem facere videntur.

Ad pri-

Digitized by Google

Ad primum enim quod attinet reſpondeo, *In d. l. Non tantùm* 17. non eſſe JCto propoſitum ætatē pubertati proximam definire ac determinare; ſed quæſtionem ſolùm hanc tractare & decidere. *Anne is, qui tria habebat tutelæ onera, ſi tertia própe finem ſit, propter ætatem pupilli*, quarta ſit onerandus? Ad eamque quæſtionem ita reſpondere JCtum ut ſi brevi ſperetur tutelæ finis, puta quod ſex adhuc menſes abſint à pubertate ejus pupilli, tum à quarta tutela non excuſetur. Prętereà non ſequitur; proximus pubertati eſt, cui ad tutelā ſex adhuc menſes deſunt, Ergo non eſt proximus pubertati cui longius adhuc tempus deeſt: Nam perinde eſt ac ſi quis ita concluderet: proximus eſt pubertati cui duo deſunt dies: Ergò non eſt proximus pubertati, cui longius tempus deeſt.

Ad ſecundum R. In *d. l. Excipiuntur*, ſimiliter nihil temporis exprimi, ex quo debeat tantùm illa proximitas æſtimari: ſed ſignificari ſolùm, quænam fuerit pueri illius; de quo Trebatius ſuppliciū ſumpſit, ætas: Ait enim JCtus Trebatium Germanum Legatum juſſiſſe ſupplicium ſumi de eo impubere, qui pubertati fuerit proximus: verum non ſubjungit JCtus quot annos habuerit ille impubes; Adhæc non

H. 3 ſequitur,

ſequitur, ut proximè reſpondi, pubertati proximus eſt cui ad pubertatē ſemeſtre deeſt. Ergo is tãtùm eſt proximus pubertati.

Ad Tertium R. Non ſequi; particula *propè* item *proximè* refertur à Juſtiniano, *in d. l. properandum,* ad ſemeſtre tempus. Ergo præcisè ac ſemper denotat ſemeſtre: Nam pro diverſitate materiæ ſubjectæ particulæ iſtæ variè accipiuntur, & quod nõ præcisè referãtur ad tempus ſemeſtre probat *c. continebatur. extra de deſponſat. Impub.* ubi proxima pubertati etiam illa dicitur puella, quæ annum agit undecimum, vel annum attigit duodecimum, cuique plus adhuc, quam ſemeſtre, deeſt.

Ad Quartum R. In matrimonialibus, cum quæritur quinã proximus ſit pubertati, ad hoc ut matrimonium ei concedi debeat, rectè dici proximam illam eſſe pubertati quæ ſit in undecimo anno vel circa duodecimum, quia tunc utplurimũ ſolet malitia ſupplere ætatem: Ac proinde adductum *c. Continebatur.* extra terminos, in quibus loquitur, non extendendum exiſtimo. Præterea, ſi rectè conſideretur, non probat hanc opinionem, quod nempe proximus tantùm ille ſit pubertati, cui deeſt ſemeſtre: Undecimus n. annus, cujus meminit, *d. cap. Continebatur.* de

anno

anno undecimo cœpto, non de penè perfecto intelligi debet: qa ſi verba illa, quæ ſubſequuntur (*vel circa duodecimũ*) intelligenda ſunt de ſemeſtri, ut volunt diſſentientes, ante finem anni duodecimi: Neceſſariò ſequitur illa verba (*in undecimo*) intelligenda eſſe de undecimo ſolùm cœpto, & non dimidiato.

Tertia opinio eſt illorũ, qui eum dicunt pubertati proximũ, qui tribus duntaxat diebus à pubertate diſtat: Quorũ fundamẽta hæc ſunt. 1. In *l. 3. §. pen. ff. de lib. exhib.* in qua ſtatuit Ulp. proximũ pubertati eũ eſſe, qui puberẽ ætatem jam ingreſſus ſit.

℞. Sed hæc *l. 3* penitus nihil ad rem facit: 1. quod JCtus duntaxat proximũ prætextæ illum appellat, qui puberem ætatẽ jam eſt, ingreſſus, neq; hujus, vel illius temporis meminit, nec definit etiam quinam ſit proximus pubertati, ſed quinam ſit prætextæ proximus: Dicit autẽ eum eſſe proximum prętextæ, qui puberem ætatẽ jam tum ſit ingreſſus: Conſueverunt quippe Romani ſtatim, ex quò pupillarẽ ætatem erãt egreſſi, h. e. maſculi anno 14. expleto prætextam ſumere, q̃ anno decimo ſeptimo exuebant, ſumptâ virili toga. 2. Deinde ſi textus de proximo pubertati loqueretur, tũ ſenſus legis foret abſurdiſſimus;

Digitized by Google

hic nempè quod proximus pubertati ſi: is, qui puberem ætatem jam ingreſſus ſit.

2. In *cap. Ad noſtram. de Regula*, conſtitutum eſt, minorē quatuordecim annis non allegari monaſterio: egreſſum verò annum illum decimum quartum & per triduū in illa religione perſeverantem, verè dici ingreſſum religionem, quemadmodum ergo ſpatium trium dierū facit, ut is inter majores habeatur, ita hoc loco efficere debet, ut pubertati ꝓximus dicatur.

℞. Verùm ad rem non confert hoc argumentum, 1. Quia poſito eo, quod is dicatur proximus pubertati, qui à pubertate tribus duntaxat diebus diſtat, non tamen negatur, quin & is pubertati proximus ſit, qui à pubertate longius abeſt: Unius quippe incluſio nō eſt alterius excluſio, 2. Quia argumentum hoc à diverſis procedit & planè ſeparatis: Nā nos loquimur de impubere, qui pubertati proximus eſt: At textus adductus de pubere, ſive de eo, qui pubertatē jam tum ingreſſus eſt. Deniq; ſi argumentum, ex *d. c. Noſtram* deductum in præſenti quæſtione quicquam concluderet, tum exinde quoq; ſic inferre liceret, quod quemadmodum is qui per annum vel biennium in religione perſeverat, religionē dicitur ingreſſus; ita

quoq;

quoq; proximũ pubertati eum dicendum eſſe, q anno vel biennio à pubertate abſit.

Quarta Opinio eſt illorum, qui, ut quis pubertati proximus dicatur, requirunt, ut annũ exceſſerit ſeptimum: eo quod proximus pubertati ſit is qui doli eſt capax, *l. Apud celſum, §. Deinde, ff. de dolo malo. l. Qui juraſſe, ff. de injur. l. Impuberē ff. de furt.* Atqui doli capax ſit is qui ſeptennium cōpleverit, *c. 1. in verb. grandiuſculus, de delict. puer.* Itē quod proximus pubertati ſit, qui jam aliquem habet intellectum, *d. l. Impuberem*: Is verò, qui exceſſit annum ſeptimum, habeat intellectum, *l. in ſponſal. ff. de ſponſal.*

Verùm & hæc opinio non immeritò reprobatur: Etenim eum, qui infantiã jam modò exceſſit, dici pubertati proximum, apertè faſum eſt; cum proximus dicatur infantię, ut ſupra oſtenſum fuit. Exindeq; ſequeretur ætatem pupillarē duos ſaltem habere gradus: infantiam & pubertati ætatem proximam, quod abſurdum & contra textus juris apertiſſimos, quibus in tres gradus ætatem impuberem diſcerni liquidò probavimus. Cæterùm quando dicitur: Eum qui infantiam, ſive ſeptennium complevit doli eſſe capacem & aliquem habere intellectum, intelligendum id non eſt de de eo, qui infantiã modò ex-

ceſſit,&infantiæ adhuc proximus eſt, hic enim non multũ à furioſo diſtare & nullum habere intellectum dicitur, §. *pupillus*, 9. *l. de inutil. ſtipul.* ſed de eo, qui nõ amplius eſt infantiæ proximus, *d.* §. *pupillus.* Atq; hinc dilucidè probari exiſtimo, eum qui modò infantiam exceſſit nõ dici pubertati proximum: Nam proximus pubertati doli eſt capax, ut modò oſtenſum fuit: At is qui infantiâ exceſſit, non eſt doli capax, nec habet intellectum, *d.* §. *pupill.*

Quinta opinio eſt illorum, qui pubertati proximos eos appellant qui impubertatem jam exceſſerunt.

1. Quia ſicut infantiæ proximi illi dicuntur, qui infantiam exceſſerunt & nũc infantes amplius non ſunt; ſed infantia majores, *d.* §. *pupillus*, *l. de inut. ſtipulat. l.* 1. §. 1. *ff. de admin. tut.* Ita quoq; pubertati proximi illi dicendi ſunt, qui ad pubertatem acceſſerunt & jamjam maſculi annum ætatis decimumquartum, fœminæ duodecimum & decimumquintum illi, vel decimumtertium iſtæ attigerunt.

2. Quia proximus is eſt quem nemo antecedit, licet nemo ipſum ſequatur, *l. proximus*, 29. *ff. de V. ſignif. l.* 2. §. *hereditas*, *ff. de ſuis & legitim.*

Sed hæc quoq; opinio haut injuria ab

aliis

aliis rejicitur. *Tum* quod, ſtante hac opinione, ſequeretur, non tres ſed duos duntaxat eſſe impubertatis gradus, contra *d.* §. *pupillus.* *Tum* etiam, quod is, qui proximus dicitur pubertati, non ſit pubes; ſed impubes, per textum expreſſum, *in* §. *In ſumma*, 18. *I. de obl. quæ ex delict. naſc.* & *l. Impuberem, ff. de furt.* ex opinione verò iſta ſequeretur proximũ pubertati puberẽ eſſe.

Nec obſtat primum contrariæ ſententiæ argumentum. Nam pubertati proximus aliàs dupliciter dici poteſt: vel qui proximus eſt pubertati nondũ cœptę, vel qui proximus eſt pubertati inchoatæ, ſive cœptæ: At in jure pubertati proximum eũ dici, qui proximus eſt pubertati nondum cœptæ, ſed inchoandę, ſupra evidenter, ex *d.* §. 18. *I. de obl. quæ ex delict. naſc.* & *d. l. Impuberem, ff. de furt.* demonſtratum fuit. Nec ſequitur proximus infantiæ dicitur, qui infantiam exceſſit. Ergo & proximus pubertati is dicetur, qui pubertatem exceſſit; diſpar ſiquidem ac diverſa utriuſq; eſt ratio. Etenim cum de pubertati proximo agitur, non illud quæritur, an ſit pubes; ſed an ſit futurus pubes: At cum de infantiæ proximo agitur non quæritur an ſit infans; ſed an eſſe deſierit.

Sic etiam *ſecundum* non obſtat: Quam-

vis enim proximus dicatur & is, quē nemo antecedit, licet aliquis ipſum ſequatur; tamen & proximum illum dici quem nemo ſequitur, argumento eſt infantiæ proximus. Hoc igitur in loco pubertati proximus dicitur is, quem ante pubertatem nemo ſequitur; ſive inter quem & puberem nemo intercedit.

Quapropter, his interpretū opinionibus ordine rejectis ac cōfutatis, exiſtimo ſic omnino ſtatuēdum: Infantes dici impuberes uſq; ad annum ſeptimum cōpletum, *l.* 18. *pr. C. de jure delib. l.* 1. §. 2. *ff. de adm. tut.* ubi illi, qui fari poſſunt, dicuntur minores ſeptem annis. Reliquos verò impubertatis annos in duas æquales partes ſecādas; quarū prima dicatur infantię proximitas; Altera vero proximitas pubertatis, Ac proinde maſculus proximus dicatur infantiæ ab initio anni octavi uſq; ad annū decimū cum dimidio completū: Ab hoc verò uſq; ad annum decimū quartum completum dicatur proximus pubertati Fœmina verò infantiæ proxima dicatur à ſeptimo anno cōpleto ad annum nonum cum dimidio completum: ab eoq; annum duodecimū proxima pubertati. Nā poſt infantiam uſque ad pubertatem ſunt in maſculo ſeptē anni & in fœmina quinq;, quare

quare ex quo exceſſit quis dimidiā hujus temporis partē, magis pubertati quā infantię proximus dici debet; Quod ſanè optimū eſt ſententiæ noſtræ fundamentū.

Accedit huic quod experientia teſtatur maſculos, poſtquam annum decimum & ſex menſes: Fœmina verò novem cum ſemeſtri compleverint regulariter atq; cōmuniter incipere ea ætate habere aliquē intellectum eorum, quæ agunt: proinde ab ea ætate merito proximi pubertati dicentur; Cum illi qui, quod agunt, intelligunt, proximi pubertati in jure dicantur, *d.* § 18 *I. de obl. quæ ex delict. naſc.* Deniq; cum in dubio verſamur mediam viam, ut tutiorem, eligere convenit, *l. Et hoc Tiber. ff. de hær. inſt.* § *fi. I. de vulg. ſubſtit* § *6. in ver.* Nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos hæredes eſſe, *I. de hær. inſtituend.* Sic n. Juſtinianus mediam ſimiliter viam circa legem Æliam Sentiam elegit Hæc enim cum nō permitteret ſine cauſæ cognitione, atq; ita nec per teſtamentū manumittere, niſi major eſſet viginti annis Dominus: Et verò major quatuordecim annis de univerſis bonis ſuis teſtamento diſponere poſſet: Nec tamē omninò à legis diſpoſitione recedere æquum putaret, eò quod libertas res eſſet inæſtimabilis; idcirco

circò ætatem annorum ſeptendecim ipſe elegit, ut quæ inter annum decimumquartum & vigeſimum media eſſet, §. *final. I. quibus ex cauſ. manum. non licet.*

QUÆSTIO V.

An pupillus ſine tutoris Auctoritate contrahens obligetur?

CUm itaq; ex modò dictis conſtet, aliũ pupillum eſſe infantẽ, alium infantiæ proximum & alium proximum pubertati quæritur quinã ex illis paciſci poſſint ac paciſcẽdo obligari; Et qui non? Et quidẽ pupillũ, qui fari poteſt, omnia tutore authore agere poſſe, ait *l. 5. de R. I.* quo tacitè ſignificatur ſine tutoris authoritate eum nõ omnia negotia gerere poſſe: Et ſanè ita etiã eſt: ſunt enim negotia triplicis generis: Ex quibuſdam pupillus conditionẽ ſuam non poteſt non meliorem reddere, ut ſi quid ipſi purè donetur, ſi quid ab alio ipſe ſtipuletur: Et hujuſmodi negotia peragi etiã ſine tutore poſſunt, quia pupillus meliorem quidem cõditonem ſuam etiã ſine tutoris authoritate facere poteſt, *pr. I. de auct. tut.* Quædã verò negotia ejus ſunt generis ut ex illis nũquam pupillus locupletior; ſed ſemper pauperior reddatur, ut ſi ipſe ſtipulando purè aliis promittat, *d. pr.* talia negotia nõ poteſt gerere pupillus

ſine-

ſine totoris authoritate, quia meliorem quidem conditionem ſuam etiam ſine tutore facere poteſt pupillus; deteriorē verò non item *d. pr.* Quædam deniq; negotia intermedia ſunt, ex quibus fieri poteſt, ut locupletior reddatur pupillus, fieri etiam poteſt ut reddatur pauperior. Hæc quoq; perficere abſq; tutore pupillus non poteſt, *d. pr. verſ. Vnde in his I. de auctor. tut.* Unde etiā contractus ultro citroq; obligatorios non poteſt, niſi tutoris adhibitâ authoritate, inire *d. prin. verſ. Vnde in his.* Quare eadem ratione nec paciſci & paciſcēdo obligari poterit. Quid tamen ſi citra tutoris authoritatē cōtraxerit aut pactus fuerit? Anne obligabitur? Variæ ſunt ac propè infinitæ Interpp. ſententiæ: Primò enim Coraſius *lib. 6. Miſcell. c.* 22. ita diſtinguit, ut pupillus locupletior non factus, ex pacto & contractu, quē ſine tutoris authoritate iniit, obligetur quidē Naturaliter, ſed non jure naturali; Inter hæc quippe duo *obligari naturaliter* & *obligare jure naturali* plurimū intereſſe exiſtimat: Quoniā debere jure naturæ, ſive, jure naturali obligari, is demū rectè dicitur, qui aliquo jure gentium cogi poteſt, *l. Cū amplius, §. is natura, ff. de R. I.* Cum juris verbū vim quādā habeat cogēdi & juſſum, atq;

hæc

hęc verba *jure naturali obligari* & *natura debere* effectum aliquem exactionis aut retentionis ex jure ſaltem gentium demonſtrent: *d.l.cum amplius,§.is natura.* Quocirca per hanc diſtinctionem exiſtimat Coraſius omnes leges ad ſpeciem diſcordantes ſic in concordiam reduci poſſe, ut illæ, in quibus dicitur; pupillum non factum locupletiorem obligari, ita exaudiantur ut naturaliter obligetur, non verò jure naturæ: Reliquæ verò, in quibus dicitur pupillum non obligari ſic accipiantur quod non obligetur jure naturæ.

Verùm diſtinctio hæc quamvis prima fronte admodũ videatur ſubtilis vix tamẽ ac ne vix quidem defendi ac ſuſtineri poteſt. *Tum* quod ſicut civiliter debere & jure civili obligatum eſſe, ſynonyma ſunt; ita quoq; æquivalentia ſunt naturaliter obligari & jure naturali obligari: *Tum* quod ſicut civiliter quis obligatus eſſe nõ poteſt, niſi obligatus ſit jure civili, ex natura conjugatorum; ita quoq; naturaliter nemo obligatus eſſe poteſt, niſi & jure naturæ ſit obligatus. Tum q; omnis obligatio ſit juris vinculum *pr. I. de obl.* ac proinde & naturaliter debere ſeu obligari jus aliquod præſupponat ac conſequenter falſum ſit, quod Coraſius docet, obli-

gationem

tionem qua quis naturaliter obligatur, omni jure deſtitui. *Tum* deniq; quod obligatio naturalis ex jure naturali & gentium deſcendens, cōfundatur cum ea obligatione qua quis naturaliter obligari dicitur; adeoque in jure idem ſignificent: Naturaliter obligari & obligari jure naturali, §. 1. *l. de fidejuſſ. l.* 13. & *l.* 64. *ff. de condict.* Nam ſervus, qui *in d. l.* 13. dicitur naturaliter obligari, *in l.* 64. dicitur obligari jure naturali.

Secunda opinio eſt Æguinarii Baronis, qui diſtinguit inter obligationē merè naturalem & inter obligationem, quæ ſimul juris ſit gentium: ut priori pupillus obligetur, de eaq; univerſæ leges, quibus dicitur pupillum ſine tutoris authoritate contrahētem obligari, exaudiantur: poſteriori verò pupillus non obligetur, de qua illę intelligantur leges, quibus negatur, pupillum non adhibitâ tutoris authoritate, contrahentem, obligari.

Sed & hæc opinio à plæriſq; rejicitur; Nec immeritò, *1.* Quia obligatio naturalis eadem, quæ juris gentium, *l.* 84. §. *1.* ubi Paulus: Is natura debet, quem jure gentiū dare oportet, 2. Quia & jus naturale idem quod jus gentium, § *ſingulor. l. de R. Div.* §. *vendita eod.* 3. Quia multis in legibus dicitur

tur pupillum obligari naturaliter, ſive jure naturæ, ut *in l.1.de Nov.l.25.ff.quando dies legat. cedat.* quibus è diametro contraria foret hæc Baronis diſtinctio, qua dicit pupillum obligari juregentium.

Tertia opinio eſt Bolognini *in rubr.ff.ſi cert.pet.* ubi diſtinguit inter mutuū ac cæteros contractus, ut ex mutuo quidē non obligetur pupillus ſine authoritate tutoris cōtrahens; ex cæteris verò cōtractibus obligetur. Cæterùm diſplicet hæc quoq; opinio, 1. Quia ratio nulla dari poteſt cur ex mutuo non obligetur, ex cæteris contractibus obligetur, 2. Quia eadem ratio in cæteris obtinet contractibus, quæ in mutuo: Ex mutuo n. idcircò pupillus non obligatur, quia ei bonorū adminiſtratio adempta eademq; tutori demandata eſt. adminiſtrationis vero pars quędā eſt mutuam accipere pecuniā. Deinde quia pupillus non poteſt ſuam conditionem ſine tutore reddere deteriorē: At pupillus mutuam accipiens pecuniam, conditionem ſuam exinde deteriorē redderet. Has autem rationes in reliquis quoq; contractibus peræque obtinere, quis non animadvertit? Nā & illi ad bonorum adminiſtrationem pertinēt, ut paulò infra prolixius demonſtrabitur; Ex iiſdemq; cōditionem

ſuam

ſuam reddere poſſunt deteriorem, *pr. l. de auct. tut.* 3. Quia ex aliis quoq; contractib. quos pupillus incõſulto tutore inierit, nõ obligari, diſertè ſcribit Juſtin. *in d. pr. l. de auct. tut.* Et JCtus *in l. q pup. 41. ff. de condict. indeb.* idē de ſtipulatione expreſsè aſſerit.

Quarta opinio eſt illorum qui tradunt, pupillum locupletiorem etiam non factum obligari naturaliter: factum verò locupletiorem civiliter. Rationes verò illorum hæ ſunt. 1. Quia *in l. 21. pr. ff. ad L. Falc. l. 1. ff. de nov. l. 44. ff. de ſol. l. fi. pr. ff. de jurejur. l. 64. ff. ad ſc. Treb. l. 35. ff. de recept. qui arbitr. l. 43. ff. de obl. & Act. l. 3. § 4. ff. de Neg. geſt. l. 19. §. 4. ff. de don. & aliis infinitis* indiſtinctè ac generaliter dicitur: pupillũ ſine tutoris authoritate contrahentem obligari; Quocirca ſive locupletior factus ſit pupillus, ſive nõ, obligabitur naturaliter. 2. Quia *in l. 25. § 4. ff quando dies leg. ced.* JCtus diſertis verbis ſcribit; pupillũ, q. ſine tutoris authoritate nũmos acceperit, nec factus fuerit locupletior, obligari naturaliter. 3. Quia *in l. 127. de V. obl.* pupillus nõ erat factus locupletior, qm̃ ſtipulatione proponitur promiſiſſe & tamē fidejuſſor ejus obligatur: At verò non obligaretur, niſi & ipſe pupillus obligatus eſſet, cũ obligatio fidejuſſoris ſemper aliquam, & vel

natura-

naturalem obligationem præſupponat: Nec fidejuſſor obligetur, niſi principalis, pro quo interceſſit, obligatus ſit, *l.* 8. §. 1. *&* 2. *ff. de fidejuſſ.* §. 1. *Inſtit, eod.*

4. Quia *in l.* 95. §. 2 *ff. de ſol.* hæres pupilli, non locupletioris ex cõtractu ſuo redditi, naturaliter obligatur At non obligaretur, niſi & ipſe pupillus fuiſſet obligatus: cùm hæres in jus & locum defuncti ſuccedens, ejuſq; perſonã repræſentans, non obligetur niſi defunctus prius fuerit obligatus, *arg.* §. 2. *I. de hæred, Inſtit.*

5. Quia novatio non fit niſi obligatio poſterior firmiter teneat, §. *præterea, I. quib. mod. obl. toll.* Atqui novatio fit cum pupillus ſine tutoris authoritate contraxit, *d.* §. *præterea.* Unde ſequi videtur pupillum, ſine tutoris authoritate contrahentem, quantumvis locupletior factus non ſit, obligari naturaliter. Ex his itaq; fundamentis & juris textibus dicẽdum ac concludendum videtur pupillum ſine tutore contrahentem, licet non ſit factus locupletior, obligari naturaliter.

Verùm enim verò & hæc opinio non injuriâ rejicitur, 1. Quia pupillus eatenus ſolùm obligari dicitur naturaliter, quatenus factus eſt locupletior, *l.* 5. *pr &* § 1. *ff. de auct. tut.* 2. Quia ſi nõ ſit factus locupletior

tior dicitur ſtipulatio pupilli, qua inconſulto tutore promiſit, inutilis, item ex ſtipulatione iſta obligationem eſſe nullam, § *præterea, 3. I. quib. mod. obl. toll.* 3. Quia ex contractibus, è quibus ſuam conditionẽ poteſt reddere deteriorẽ, quales ſunt ultro citroq; obligatorii, negatur pupillus obligari, licet alter, qui cum pupillo contraxit, obligetur pupillo, *pr. I. de auctor. tut.* 4. Quia cum cõtrahere & obligari ſit pars adminiſtrationis bonorũ; Adminiſtratio verò bonorum ſit pupillo adempta & tutori cõmiſſa; ſequitur pupillũ ſine authoritate tutoris contrahentem, ex contractu non obligari. Nec pro contraria opinione faciunt modò adducta funmenta.

Non primum: Quia licet plurimis in locis dicatur pupillum ſine tutore contrahentem obligari: Id tamen neceſſariò de eo caſu accipiẽdum eſt, quo ex contractu ſuo pupillus locupletior eſt factus: Quod, etſi in iſtis locis non exprimatur, tamẽ id ex aliis legibus in quibus id diſertè exprimitur, ſumendũ eſt, Nec enim infreqűes, ſed uſitatiſſimum eſt, ut quod uni legi deeſt, ex alia ſuppleatur; unde & incivile dicitur de toto jure reſpondere vel judicare velle, una dũtaxat ejus particula inſpecta. Et in toto jure generi per ſpeciem derogatur,

gatur, atque textus generaliter & indiſtinctè loquentes reſtringuntur & diſtinguũtur ex textu ſpeciali & diſtinguẽte, *l. in toto, ff. de R. I.* Accedit huic ꝙ in dubio pręſumatur locupletior potiùs quàm pauperior factus ac proinde in adductis legis, juxta hanc præſumptionem, præſupponi debeat, pupillum locupletiorem factum eſſe, *l. 47. §. 1 ff. de ſol. Ad ſecundum* Rz. lectionem *d. l. 25. §. 2. ff. quand. dies legat. cedat.* non eſſe certam, nec conſtantẽ, ſed aliã in pandectis Florentinis haberi, aliã in vulgaribus exẽplaribus: In pandectis n. Florentinis particula iſta Nec, quæ etiã in editione Gotofredi ſemicirculis includitur, deſideratur: Quare ex hoc ambiguo textu nihil cõtra noſtrã ſententiã concludi poteſt. Sed cùm & alias lectio Florentina cęteris correctior ſit & purior, ac præterea non ſolùm aliis textibus expreſſis, modò à nobis adductis; ſed & rationi juris & æquitati per omnia conveniat, idcircò eam vulgarium exemplarium lectioni anteferendã putamus. Nec obſtat quod regerit Gödd. Quòd ſi lectio iſthæc admitteretur, conſequens foret pupillum locupletiorẽ factum obligari ſaltem naturaliter, non etiam civiliter, quod tamen videatur abſurdũ; cùm locupletior factus actione conveniri poſſit, actio autem non ex na-

turali, ſed civili obligatione naſcatur.

℞. Etenim abſurdum non putamus pupillum locupletiorem factum naturaliter ſaltem & non civiliter obligari, cum hoc expreſsè JCtus aſſerat, *in l. 5. pr. &* §. 1. *ff. de auct. tut.* & nos paulò poſt prolixius demonſtrabimus. Ad *L. 127. ff. de V. oblig.* ℞. non ſequi; promiſit ergo factus eſt pauperior, cùm fieri poſſit ut promittendo quoq; pupillus cōditionē ſuam reddat meliorē; ſi nempe ſub cōditione, & non purè promittat, aut ob cauſam, quo nempe ſtipulator pupillo viciſſim aliquid det vel faciat. Deinde reſp. quod pupillus, niſi locupletior factus, non obligatur, id ex privilegio ſingulari ac ſpeciali deſcendere, ac perſonæ pupilli tributum eſſe, ne ſc. deterior ipſius reddatur cōditio: Unde *in l. 29. ff. de condict. indeb.* ait Ulp. *perſonam pupilli locum facere condictioni indebiti*, ſi citra tutoris auctoritatem contraxerit: Adeoq; quę repetitio alias locū non haberet, obſtante obligatione naturali, ea propter perſonam pupilli locū obtinet. At verò beneficia & jura perſonalia perſonam non exeunt, nec fidejuſſoribus proſunt: Nec obſtat ꝙ fidejuſſor non obligetur cum non eſt obligatus principalis ℞. Nam pupilli obligatio hîc nō tollitur; ſed pupillus, ſalva ma-

va manente obligatione, per privilegium ſaltē eximitur; Et in ſumma, pupillus obligatur & non obligatur: Non obligatur ratione ſuæ perſonæ atq; hactenus ut ipſi obligatio noceat, id quod per ſpeciale ac perſonale conſequitur privilegium: Obligatur verò reſpectu aliorum, utpote fidejuſſorum, heredum & priorum debitorum, quorum ipſe novando in ſe obligationē recipit, ſic ut ipſi teneantur, ipſis noceat obligatio nec perſonale iſtud privilegiū proſit. Verum de hoc paulò infra plura.

Idem *ad Quartum & Quintum* reſpondendum eſt: Heredes enim pupilli, non locupletioris facti obligantur, *d. l.* 95. & novanti obligationem obeſt poſterior pupilli obligatio, quia beneficium perſonale, quo pupilli ſolvuntur obligatione, ad heredes, & creditores non tranſit nec illis prodeſt, nec pupilli perſonam exit.

Quinta opinio eſt illorum, qui exiſtimant, infantē & pupillum infantiæ proximum non obligari naturaliter, ſive facti fuerint locupletiores, ſive non, deilliſq; exaudiendos eſſe textus illos, in quibus negatur, pupillū citra tutoris authoritatem contrahentem obligari: At pupillum proximum pubertati obligari naturaliter, de quo etiam illæ ſint accipiendæ le-

dæ leges, in quibus aſſeritur pupillum inconſulto tutore contrahentem obligari.

Cæterùm nec hæc opinio recipi poteſt. 1. Quia textus illi, in quibus dicitur pupillum obligari, in genere de pupillo loquuntur: Textus autem generaliter loquentes generaliter accipi debent: & quicquid affirmatur de genere, id etiã de ſingulis atque univerſis ſpeciebus, generi iſti ſubjectis, affirmari intelligitur. Sic quoque textus illi, in quibus dicitur pupillum non obligari, de pupillo in genere loquuntur. Quare cum & infans & infantiæ proximus ſint pupilli non minus, atque ille, qui pubertati eſt proximus, conſequens eſt, de iis quoque prædictos textus intelligendos eſſe. 2. Quia æquitati repugnat infantem & proximum infantiæ locupletiores factos non obligari atque ita locupletari illos cum detrimento ejus, quo cum contraxerunt contra, *l. 206. de R. Iur.* 3. Quia denique rationi repugnat proximum pubertati indiſtinctè atque tunc etiam obligari, cum non eſt ex contractu locupletior factus, prout nunc demonſtrabitur.

His itaque opinionibus interpretum rejectis, exiſtimo ſic in præſenti quæſtione omninò ſtatuendum eſſe. 1. Pupillum,

cujuſcunque tandem ſit ætatis, non locupletiorem factum planè non obligari, nec ullo jure teneri. 1. Quia id expreſsè aſſerit Juſtinianus *in pr. I. de auctor. tut.* & Hajus *in l. 9 pr. ff. eod tit.* Itemque Ulpianus in *l. §. fin. ff. commodat.* Nec non Licinius Rufinus in *l. 59 ff. de obligat. & Act.* Idemque Juſtinianus in *§. præterea 3. I. quib. mod. oblig. toll.* 2. Quia Ulpianus in *l. 5. pr. ff. de auctor. tut.* expreſsè dicit, pupillum ſine tutoris authoritate contrahentem, hactenus ſolùm obligari, quatenus locupletior ſit factus. 3. Quia Neratius *in l. 41. ff. de condict. indeb.* ait: Quod pupillus, ſine tutoris authoritate ſtipulanti promiſerit & ſolverit, ejus repetitionem eſſe, quia nec natura debeat. 4. Quia quicunque non poſſunt bona ſua adminiſtrare, illi non poſſunt de illis contrahere, ſeque contrahendo obligare: quoniam dubium planè nullum eſt, quin jus obligandi pars ſit bonorum adminiſtrationis ac bonorum adminiſtratione contineatur, *l. 20. & 49. de Verb. ſignif. l. 33. §. 1. & tot. tit. C. de his qui ven. ætat.* Atqui pupilli non poſſunt res ſuas adminiſtrare, ſed adminiſtratio eſt penes tutorem, qui licèt primò ac principaliter perſonæ pupilli ſit datus, per conſe-

quens

quens tamen & rebus pupillaribus administrandis cenſetur præfectus, ut arguit, *tot. tit. ff. de Admin. tut. & tit. de Reb. eorum qui ſub. tut.*

Deinceps & ſecundò exiſtimo pupillum ex contractu non locupletiorem factum, non quidem obligari ratione ſuæ perſonæ, & ſic ut ipſi noceat obligatio, obligari tamen ratione aliorum, veluti fidejuſſorum, heredum, & illorum debitorum, quorum ipſe obligationem ſuſcipit. Id quod hinc confirmatur. Quod JCtus in *l. 29. ff. de condict. indeb.* ſatis perſpicuè ſignificet, perſonæ ipſius pupilli hoc tribui, ut quod ipſe ſine tutore promiſerit ac ſolverit, repetere tanquam indebitum poſſit: Cui conſequens eſt, perſonale eſſe privilegium ac beneficium, quod pupillus non obligatur, locupletior non factus: Idcirco enim pupillos ejus quod ſolvit, repetitio ac condictio conceditur, quia natura non eſt obligatus, *l. 41. ff. eod. de Condict. indeb.* Quare cum ex privilegio ſpeciali ac perſonali pupillus non locupletior factus non obligetur, ideo beneficium hoc ad fidejuſſores *in l. 127. de V. Obligat.* Ad heredes in *l. 95. §. 2. ff. de ſolut.* & denique obligationem novantibus & in pupilli perſonam transfundentibus in

d. §. *præterea*, *3. I. quib. mod. obligat. toll.* non tranſit, cum privilegia perſonalia perſonam exire non ſoleant, eorum quibus conceſſa & indulta ſunt.

Nec obſtat huic, quod abſurdum ſit obligationem, hoc caſu in perſona pupilli eſſe & tamen eſſe eam reſpectu pupilli ſine effectu, quia hoc perindè ſit, ac ſi cauſam ex qua neceſſariò effectus ſequitur, poneretur ſine effectu: cùm tamen, poſita cauſa, ponatur neceſſariò effectus: Ut proindè ſi obligatio in pupillo conſiſtat, etiam effectum ſuum neceſſariò habeat, eumque talem, qualis eſt ipſa obligatio.

℞. Hoc, inquam, non obſtat: Poſita enim cauſa ponitur effectus, niſi extrinſecus fuerit cauſa impedita effectum producere. Jam in propoſito obligatio per privilegium perſonæ pupilli indultum impeditur producere in perſona pupilli effectus. Nec tamen interim obligatio iſta planè otioſa eſt & inutilis: Nam, ut nunc dicebatur, quamvis in pupilli perſona ſit inefficax & otioſa reſpectu tamen aliorum non eſt ſine effectu, ut patet ex *d. l. 127. l. 95. §. 2. & §. 3. I. quib. mod. obligat. toll.*

Non adverſatur etiam, quod ſicut pupillu

pillus authoritate tutoris contrahendo civiliter obligatus actione conveniatur, eaque civilis obligatio in perſona pupilli effectus habeat civiles; ita obligatio naturalis, ſi abſq; tutoris authoritate contraxerit, in perſona pupilli effectus debeat habere naturales.

℞. Eſt enim elenchus comparatorum: Cùm diverſiſſima ſit utriusq; comparati ratio: Obligatio quippe civilis legitimè ac jure contracta eſt; Ideoque meritò pupillum efficaciter obſtringit: Obligatio verò Naturalis, ſine tutoris authoritate, quoad ipſum pupillum non eſt contracta legitimè: Cùm expreſsè prohibeantur pupilli ſine tutorum authoritate contrahere, *d. pr. I. de Auct. tut. & l. 9. eod.*

Non adverſatur quod liberatis reis ac debitoribus principalibus, exceptiones quoque liberentur, *l 43. ff de ſolut.* Atque ideo ſi obligatio non teneat pupillum, nec acceſſiones, ut fidejuſſores obligare queat.

℞. primò enim *d. l. 43.* procedit & vera eſt, quotiens jure communi liberati ſunt principales debitores: Non etiam cum jure ſingulari ac perſonali privilegio obligatione non tenentur; ut hîc de pupillo ſupra fuit oſtenſum, *arg §. ſed & quod prin-*

cipi I. de jure Nat. Gent. & Civil. Deindè procedit ſuperius axioma, cùm obligatio principalis eſt ſublata & extincta: Non etiam cum in perſona principalis debitoris ſubſiſtit; ſed effectus duntaxat ipſius extrinſecus impeditur, id quod in pupilli obligatione accidere itidem ſupra oſtendimus.

Nec ad rem facit quod ajunt *in d. l. 127. de V. obligat.* fidejuſſores non idcirco obligari quia obligatus fuerit pupillus; ſed in deo potius, quia imputari poſſit fidejuſſoribus quod pro pupillo ſine tutoris authoritate contrahente fidejuſſerint.

℞. Nam ſi obligatio pupilli penitus nulla eſt, quî poterunt fidejuſſores teneri? cum fidejuſſoria obligatio, utpote acceſſoria, ſine principali nullo modo ſubſiſtere queat, §. *1. I. de fidejuſſ. & l. 8. §. 1. & 2. ff. eod.*

Tertiò ſi pupillus ſine tutoris authoritate contrahens ex contractu fuerit factus locupletior, tunc demum efficaciter eum obligari exiſtimo: 1, Quia id expreſſis verbis Ulpianus aſſerit in *l. 5. pr. ff. de auctor. tut. Pupillus* inquiens *obligari tutori, eo auctore non poteſt: Planè ſi plures ſint tutores, quorum unius authoritas ſufficit, dicendum eſt, altero authore, pupillum ei poſſe obli-*

obligari, ſive mutuam ei det pecuniam, ſive ſtipuletur ab eo. Sed & cum ſolus ſit tutor, mutuam pecuniam pupillo dederit, vel ab eo ſtipuletur, non erit obligatus tutori: Naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus eſt: Nam in pupillum non tantùm tutori, verùm cuivis actionem, in quantum locupletior factus eſt, dandum Divus Pius reſcripſit. Idemque Ulpianus *in l. 3. pr. ff. commodat. Sed mihi videtur,* inquit, *ſi locupletior pupillus factus ſit, dandam utilem commodati actionem ſecundum Divi Pii reſcriptum.* 2. Quia id ipſum quoque ratio æquitatis manifeſta ſuadere videtur: Quod nempe æquum non ſit pupillum locupletari cum detrimento & jactura ejus cum quo contraxit, *l. 206. de R. Iur.* Etenim detrahere aliquid alteri & hominem hominis incommodo ſuum augere commodum, magis eſt contra naturam, quàm mors, quæ paupertas, quàm dolor, quàm cætera, quæ poſſunt aut corpori accidere, aut rebus externis, ait Cicero *lib. 3 de offic.* Idemque Cicero. *Nam ſibi quisque,* inquit, *malit quod ad uſum vitæ pertineat, quàm alteri acquirere, conceſſum eſt, non repugnante naturâ: Illud natura non patitur, ut aliorum ſpoliis noſtras facultates, copias, opes augeamus.* Neque

verò hoc ſolùm, id eſt, jure gentium; ſed etiam legibus populorum, quibus in ſingulis civitatibus Reſpubl continentur, eodem modo conſtitutum eſt, ut non liceat ſui commodi cauſa nocere alteri: Hoc enim ſpectant leges, hoc volunt, incolumem eſſe civium conjunctionem, quàm qui dirimunt, eos morte, exilio, vinculis, damno coërcent. Atque hoc multo magis exigit ipſa naturæ ratio, quæ eſt lex divina & humana, cui parere qui velit, nunquam committet, ut alienum appetat & id, quòd alteri detraxit, ſibi aſſumat, *d.lib. 3. de offic.* Quapropter etſi magnus ſit pupillaris ætatis favor, ut quandoque in ejus commodum à regulis juris recedatur, *l.13.§. ſi quis à pupillo, ff. de Act. empt.* Tamen juris noſtri diſciplina non patitur, ut pupillus vel quis alius cum alterius jactura locupletior fiat. Quapropter admodum eleganter & quod ad propoſitum noſtrum maximè pertinet, *in l. 13. ff. de condict. indeb.* Paulus ſcribit: *Item quod pupillus ſine tutoris authoritate mutuum accepit & locupletior factus eſt, ſi pubes factus ſolvat, non repetit.* Et ſubjicit in continenti rationem Pomponius: *Nam hoc natura*, inquiens, *æquum eſt, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem, l. 14. eod.* Et hoc quidem magnum, dubi-

dubium non habet: Sed utrum pupillus locupletior factus obligetur Naturaliter ſolùm, an verò Civiliter, admodum controverſum eſt? De quo nunc dicendum reſtat.

QUÆSTIO VI.

An pupillus ſine tutore contrahens & locupletior factus obligetur Civiliter an verò tantùm naturaliter.

QUod duntaxat naturaliter & non civiliter obligetur, hac ratione probari videtur. Quod pupillus, in quantum locupletior eſt factus, dicatur obligari naturaliter. Sic enim *in d. L. 5. pr. ff. de auct. tut. Sed & cùm ſolus tutor mutuam pecuniam pupillo dederit vel ab eo ſtipuletur, non erit obligatus tutori: Naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus eſt: Nam in pupillum non tantùm tutori, verùm cuivis actionem, in quantum locupletior factus eſt, dandam Divus Pius reſcripſit.* Et *in l. 13. & 14. ff. de condict. indeb.* Item quod pupillus ſine tutoris auctoritate mutuum accepit, & locupletior factus eſt, ſi pubes factus ſolvat, non repetit. Nam hoc naturâ æquum eſt, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.

Etſi verò quidam ad hoc fundamen-

tum reſpondeant; quamvis *in d.l.5.* pupillus dicatur naturaliter obligari; Non tamen hoc ipſo negari quin civiliter obligetur; cùm nec aliàs unius incluſio ſit alterius excluſio: Sic enim obligationes, ex jurisgentium contractibus deſcendentes, etſi civiles dicantur; tamen eaſdem & naturales appellari *in l.10.ff. de Obligat. & Act.*

R4. Etenim quotiens quis expreſsè atque nominatim dicitur obligari naturaliter, totiens hoc ita accipiendum, quod tantùm naturaliter obligetur: Aliâs enim à potiori, qualis eſt civilis obligatio, cum naturali collata, fieri ſolet denominatio: Et quod obligatio pupilli locupletioris facti merè ſit naturalis, exinde quoque relucet, quod in omnibus illis legibus, in quibus dicitur pupillus obligari, conſtãter dicatur obligari Naturaliter: Nullibi verò civiliter. Accedit deinceps & hæc ratio; quod non ex civili aliqua ratione; ſed ex naturali duntaxat æquitate, (ut præcedenti quæſtione oſtendimus) quæ ſuadeat, neminem cum alterius jactura reddi locupletiorem, pupillus obligetur. Quinimo ſi rationem civilem ſpectemus, dicendum potius eſt pupillum locupletiorem factum non obligari, quia pupil-

pupillus non habet adminiſtrationem bonorum ſuorum; Adminiſtrationis verò pars quædam eſt jus contrahendi obligationem, *l. 20 & 49. ff. de V. ſignif.* Quapropter ſi ratio civilis obſtat quominus pupillus obligetur, non certè dici poteſt locupletior factus obligari civiliter; ſed duntaxat Naturaliter.

Non obſtat. 1. Quod ex obligatione pupilli, locupletioris facti actio competat adverſus pupillum, *d. l. 5. ff. de auct tut.* Naturalis verò obligatio actionem non pariat: Proinde huic ſit conſequens, obligationem pupilli locupletioris ex contractu ſuo facti non eſſe merè naturalem; ſed etiam civilem.

℞. Actionem enim hanc, quâ convenitur pupillus locupletior factus, ex naturali obligatione deſcendere ipſe Ulpianus haut diſſimulare videtur, dum *in d. l. 5.* poſtquam dixiſſet pupillum, in quantum ſit locupletior factus, obligari naturaliter, ſubjicit, pupillum, in quantum ſit locupletior factus, actione conveniri: Cui eſt conſequens, pupillum, quatenus naturaliter obligatur, actione cõveniri, atq; adeo actionẽ iſtam, qua pupillus convenitur, ex naturali obligatione deſcẽdere. Nec impedit quod ex natu-

rali obligatione actio non naſcatur: Nam id regulare quidem eſt; ſed interdum fallit: ſiquidem ex naturali quoque obligatione actionem naſci probant, *l. 10 ff. de oblig. & Act. & l. 16. ff. de fidejuſſ.* Inter eos verò caſus quibus obligatio naturalis actionem parit, exiſtimo referendum & hunc caſum quo pupillus, inconſulto tutore, contrahens locupletior factus eſt per *d l 5. pr. de auctor. tut* Ad hæc actio, quæ in pupillum locupletiorem datur, non tam ex naturali obligatione, quàm ex reſcripto Divi Pii proficiſcitur, *d. l. 5. pr. & l. 3. pr. ff. Commodat. l. 2. §. pupillus, ff. de Negoc. geſt.*

Non obſtat præterea quod cum Divi Pii Imperatoris conſtitutione effectum ſit, ut in pupillum actio detur in quantum ſit locupletior factus; videatur eâdem conſtitutione obligationem pupilli, quæ prius naturalis erat, hoc ipſo civilem effeciſſe.

℞. Quod enim poſt Divi Pii conſtitutionem obligatio pupilli ex contractu locupletioris adhuc naturalis ſit, probat dilucidè *d. l. 5. ff. de auct. tut:* Nec Divo Pio animus fuit obligationem iſtam naturalem facere civilem; ſed obligationi naturali unicum ſaltem civilis obligationis effe-

effectum tribuere ſuâ conſtitutione voluit. Non adverſatur etiam quod *in l. 1. pr. ff de Contr. tutel. act.* expreſsè dicatur pupillus tutori ſuo civiliter obligari.

℞. Hoc quippe de pupillo jam pubere facto haut dubiè accipiendum: Contraria ſiquidem tutelæ actio non datur durante; ſed finitâ demum tutelâ, & poſtquam pupillus pubes eſt factus, uti ex *toto tit. de contr. tut. actione.* plus ſatis liquet.

Non reſiſtit denique noſtræ ſententiæ, *l. obligari. 43 ff. de obligat. & Act.* ubi, cùm Paulus ait, pupillum ſine tutoris authoritate non obligari jure civili, dicendum videtur, quod ſine tutoris authoritate contrahens ſuamque conditionem meliorem faciens, obligetur jure civili.

℞. Nam ex illo textus non hoc per argumentum à contrario ſenſu inferendum, quod ſine tutoris auctoritate contrahendo locupletior factus obligetur civiliter; ſed hoc duntaxat; quod cum tutoris authoritate contrahens civiliter obligetur; Id quod & nos verum eſſe agnoſcimus: Præterea argumentum à cõtrario ſenſu vim concludendi non habet, cum in contrarium ſunt textus expreſſi, uti hoc noſtro caſu textus ſunt apertiſſimi, quibus luculenter probatur,

pupillum ſine tutoris authoritate contrahendo locupletiorem redditum, naturaliter ſaltem obligari.

QUÆSTIO VII.

An infans, perinde ut furioſus, paciſci, tutore auctore nequeat?

Pupillum infantiæ & pubertati proximum authoritate tutoris poſſe obligari expeditum eſt. Sed de infante an idem dicendum, quæſtionis eſt, nec deſunt qui negativam tueantur ſic, ut ferè communis ſit opinio, Infantem tutore auctore, non magis, atq; furioſus, authoritate curatoris, negocia gerere, paciſci & paciſcendo obligari poſſe: Contrariam tamen ſententiam, quod quædam negocia infans tutoris authoritate perficere poſſit, nec in omnibus furioſo ſit ſimilis longè veriorem judico; Eamque ſequentibus hiſce argumentis confirmari exiſtimo.

1. Infans tutore auctore poſſeſſionem acquirere poteſt, *l. 32. §. 1. ff. de acquir: poſſ.* furioſus verò non item.

2. Infans, tutore authore fideicommiſſariam hereditatem acquirere poteſt. *l. 65. §. 3. ff. ad SC. Trebell.* ubi Mœcianus J.Ctus

JCtus *Si pupillo*, inquit, *infanti reſtituere hereditatem quis rogatus ſit, ſi ſponte adierit etiam ſervo ejus, & ipſi pupillo tutore auctore reſtituetur hereditas.* Nec obſtat huic quod *in l. 9. ff. de acquir. vel omitt. hered.* dicitur, pupillum, ſi fari poſſit, hereditatem, auctoritate tutoris acquirere poſſe. Reſp. Nam hîc malè per argumentum à contrario ſenſu, contra textum expreſſum, *d. l. 65.* concluditur, infantem non poſſe, tutore auctore, hereditatem acquirere. Sicut etiam non impedit quod tutor nomine pupilli hereditatem poſſit acquirere, *l. 18. C. de jure delib.* Reſp. Nam hæc non ſunt contraria, ſed diverſa, quæ ſimul ſtare poſſunt, Tutorem nomine pupilli acquirere hereditatem & pupillum auctore tutore hereditatem acquirere.

3. Accedit ratio etiam ſatis evidens, quod nempe judicium infantis imbecille & imperfectum ſuppleatur à tutore, *d. l. 32. de acquir. poſſ.* Unde ſequitur pupillum infantem illos etiam actus, qui judicium aliquod & conſenſum ſive animum deſiderant, tutoris auctoritate perficere poſſe.

4. Et ſanè quòd diverſa ſit ratio furioſi &

ſi & infantis hinc conſtat, quod in furioſo nec res ſit, nec ſpes animi: In infante & ſpes ſit & principium animi ac judicii: Seu in infante ſemina ſint judicii, quæ ſuppleri poſſunt auctoritate tutoris: In furioſo autem nulla ſint judicii ſemina, & ideo ſuppleri per curatorem & adjuvari non poſſint.

5. Inſuper infanti donatarum rerum poſſeſſio tradita acquiritur, ut expreſsè Decius Imperator *in l. 3 C. de Acquir. poſſeſſ.* Rufino reſcripſit. At poſſeſſionis acquiſitio animum deſiderat.

6. In *l. 1. §. 3 ff. de Acquir. poſſ.* ſcribit Paulus, pupillum, auctore tutore, incipere poſſidere. Nec inter pupillum infantem, infantiæ & pubertati proximum diſtinguit. Quare quod in genere de pupillis aſſeritur; Id quoque de ſingulis pupillorum ſpeciebus accipiendum eſt. Et quod de infante etiam loquatur, patet exinde, quod ſubjicit, ſi pupillus ejus ſit ætatis, ut intellectum capiat, etiam ſine tutoris authoritate eum poſſidere poſſe.

His verò non adverſatur primò, quod Paulus JCtus *in l. 5. de R. Iur.* expreſsè atque nominatim pupillum, qui fari poteſt, diſtinguat à furioſo; Ita ut furioſus nullum negocium contrahere poſſit curato-

ratoris authoritate; At pupillus, qui fari poteſt, omnia poſſit facere tutore authore; Unde inferendum videtur, infantem nullum negocium poſſe, citra tutoris ſui authoritatem, cõtrahere, ſed per omnia, quoad hoc ſimilem eſſe furioſo.

Reſp. Nam primò argumentum à contrario ſenſu, quale illud eſt, quod ex noſtra lege modò deductum eſt, Item argumentum ab incluſione unius ad alterius excluſionem non procedit contra textus expreſſos, quibus infantem, tutore auctore, negocia quædam perficere dicitur. Non itaque ſequitur: Pupillus qui fari poteſt diſtat à furioſo. Ergo infans non diſtat à furioſo. Præterea quod dicitur pupillum, qui fari poteſt omnia negocia gerere poſſe, tutore auctore, ex eo non rectè infertur. Ergo pupillus infans nulla negocia tutore auctore contrahere poteſt: Sed ita exinde rectè concluditur, Ergo pupillus infans non omnia negocia tutore authore agere poteſt: Id quod libenter & nos admittimus. Ea enim quæ verba deſiderant ſanè infans facere non poteſt, *arg. l.1. pr ff. de V. obligat. Non adverſatur*, 2. Quod cum infantis nullũ planè ſit judicium, *l.1. C. de falſa moneta, l. Infans. ff. de L. Cornel. de Sicar. §. in ſumma. I. de obligat.*

quæ

quæ ex delict. naſc. adeo ut etiam ob hanc cauſam delinquere nequeat, *d. l. infans.* non poſſit tutor defectum judicii & conſenſus ſupplere. Quod enim omnino nullum eſt, id ſuppleri non poteſt, ſed id ſolùm quod imperfectum eſt.

℞. Hoc, inquam, non obſtat: Quod enim infantis ſit aliquod judicium, ſed imperfectum, debile, atque ad actus conſenſu gerendos inſufficiens, diſertè probat, *d. l. 32. §. 2. ff. de acquir. poſſ.* ubi dicitur judiciũ infantis ſuppleri auctoritate tutoris. Quapropter verius videtur, quod hinc dicitur pupillum judiciũ non habere, id comparatè ſolùm accipiẽdum eſſe, quod ſcilicet non habeat judicium perfectũ atque ad actum perficiendum ſufficiens. Sic enim & pupillus in genere dicitur nullũ habere animi judicium, *§. 1. I. quib. non eſt permiſſ. fac. teſt.* cum tamen proximus pubertati intellectum habere expreſsè dicatur, *§. In ſumma. 18. I. de oblig. quæ ex delict. naſcuntur.* Intelligitur nempe illìc judicium perfectum, quale ad teſtamenti factionẽ eſt neceſſarium. Et pupillus infantiæ proximus, dicitur neque ſcire, neque decernere poſſe, non magis quàm furioſus, *l. 9. ff. de adquir. vel amit. hered. l. 70 ff. de V. O. §. 10. I. de inutil. ſtipulat.* Et tamen quin is aliquem habeat intellectum, quem ſua au-

thoritate ſupplere poſſit tutor, adeoque authore tutore negocia cõtrahere valeat, extra omnẽ controverſiam eſt poſitum & ſufficienter probat vel ſola, *d.l.5.* Præterea licèt infanti intellectus non eſſet; quin tamen principium atq; ſemina judicii habeat, dubium planè nullum eſt. *Nõ adverſatur.* 3. Quod infans comparetur furioſo, *in l.1 §.3 ff de Adq.poſſ.§.10 I de inut. ſtipulat.*

℟. Nam hoc non ita abſolutè ac ſimpliciter, ſed ſecundum quid duntaxat intelligendum eſt; Idq́; haud obſcurè indicat, *d.§.10.* ubi Juſtinianus ait, infantes *nõ multũ* diſtare à furioſis; unde colligitur, quod aliquid tamen à furioſo diſtent. Et ſanè quod à furioſis differant, inde colligitur, quod infãs, tutore authore, poſſit acquirere poſſeſſionem, *d l.32 § de acquir. poſſ* At furioſus nõ item, *l.18 §.1 ff eod.* Item quod furioſus, ſi ei decreto petita ſit poſſeſſio atq; ipſe, priusquam mentis compos factus bonorum poſſeſſionem potuerit, deceſſerit, matri non obſtet, *l.2.§.11 ff. ad SC. Tertyll.* At infans hoc caſu obſtet matri, quia, ut ſubjicit JCtus, *poſſeſſio bonorũ, quæ infanti datur non eſt ſimilis ei, quæ datur furioſo, d.l.2.§.13.* Inſuper cum in infante ſit principium atque ſemina judicii: In furioſo autem non item, ſequitur inde infal-

infallibiliter infantem furioſo non in omnibus, nec per omnia æquiparandum.

Q U Æ S T I O VIII.

Quinam ſit prodigus & à quo ei bonis interdicatur?

TErtiò paciſci & contrahere nequeunt prodigi , quibus bonis interdictum eſt: Qui neque tempus neque finem expenſarum habent , ſed bona ſua dilacerando ac diſſipando profundũt, ita Ulpian. *in l. 1. pr. ff. de Curator. furioſ. dat.* Hos verò non magis, atque furioſum, contrahere paciſci poſſe & aut quicquam de bonis diſponere valere ea ratione putamus, quod ut *in l. 40. de R. Iur.* dicitur furioſi, vel ejus, cui bonis interdictum eſt, nullam eſſe voluntatem: Ad contractum verò & pactum voluntas deſideratur & conſenſus, *l. 1. ff. de pact.*

Cæterùm quod *in d l. 40.* furioſo prodigus æquiparatur, id non ita abſolutè & ſimpliciter accipiendum puto: Etenim prodigi aliquam voluntatem, judicium aliquod & intellectum eſſe, plurimiſque modis à furioſo, differre, plus quam certum eſt. Primò enim prodigus comparatur cum pupillo, *l. 9. §. ſed etſi ei. ff. de Reb. credit.* Itemque cum minore *in l. 3 C. de re-*

ſtit. in-

Digitized by Google

ſtit. in integrum minorum: Atqui pupillo eſt voluntas, adeò ut inconſulto etiam tutore ſtipulando alium ſibi obligare poſſit, §. *pupillus 9 cum ſeq. I. de inutil. ſtipulat.* Et minor voluntatem & conſenſum animique judicium habet, *l. 101. de V. Obligat.* Deinde prodigus novare poteſt, *l. 3. ff de Novat.* At furioſus non item. Jam verò novare nemo poteſt, niſi intellectum, animique judicium habeat, cùm per conventionem ac ſtipulationem fiat novatio, §. *præterea Novat. I. quib. mod. obligat. toll.* hinc itaq; ſequitur prodigi aliquam eſſe voluntatem & aliquod animi judicium. Ad hæc prodigus, cui bonis eſt interdictum, poteſt adire hereditatem atque ex teſtamento alterius capere, *l. 5. ff. de acquir. hered.* At furioſus ex teſtamento capere & hereditatem adire non poteſt, *l. 47. ff. eod.* Denique in furioſo eſt mentis Impotentia: In prodigo verò non item, niſi ex legis interdictione, quoad bonorum alienationem, *l. 12. ff. de tutor. & curat. dat. ab his.* Quare quod furioſo ſimilis eſſe, nullamque voluntatem, perindè ut furioſus, habere dicitur, id ſecundum quid duntaxat, atque hactenus verùm eſt, quatenus de bonis ipſius diminuendis, alienandis, obligandis ac transferendis

dis

dis agitur; Cùm enim bonorum adminiſtratione ipſi interdictum, *d.l.40 R.Iur.l.6. ff de V.O* eaque curatori ipſius commiſſa ac demandata ſit, *tot.tit.de curat.furioſ.* non poteſt ipſe, ſine curatore de bonis ſuis, quicquam diminuere: Nec hactenus ullam voluntatem, illum judicium, aut ullam conſentiendi facultatem habere intelligitur: Idque etiam ex eo intelligitur, quod prodigus, quatenus prodigus, hoc eſt, quatenus neque tempus, neque finem expenſarum obſervat; ſed bona ſua dilacerando & diſſipando profundit, aſſimiletur furioſo, *l.1.pr.in verb.exemplo furioſi.ff. de curat.furioſ.* & hactenus etiam ei contrahere, bonaque adminiſtrare deque illis diſponere prohibeatur. Alioquin, quatenus conditionem ſuam reddit meliorem, atque in bonis ſuis, ut bonus paterfamil. verſatur, eatenus adminiſtratione bonorum ei non eſt interdictum, nec pro prodigo habetur, nec etiam furioſo aſſimilatur. Idque eſt quod *in l.3.ff. de Novat.* Pomponius ſcribit: *Cui bonis interdictum eſt novare obligationem ſuam non poteſt, niſi meliorem ſuam conditionem fecerit.* Et Ulpianus *Is*, inquit, *cui bonis interdictum eſt, ſtipulando ſibi acquirit, tradere verò non poteſt vel promittendo obligari. l.6 ff.de V.Obligat.*

Quocirca ſic omninò ſtatuendum exi-

ſtimo: Prodigum, quatenus paciſcendo de bonis ſuis diminuendis agit, pactionẽ non valere, nec magis eum, quàm furioſum tenere , ſin verò pactione bona ſua augeat efficaciter ipſum obligari. Sed priuſquam de hac quæſtione prolixius & ex profeſſo agamus, prius à quonam prodigo bonorum adminiſtratione interdicatur? Quæ quæſtio perquam difficilis & intricata eſt. Nec tamen inutilis aut otioſa: Nam ſi ipſo jure atque ſtatim ab eo tempore bonis prodigo interdictum eſt, quo bona ſua prodigere cœpit, tunc omnia, quæ à prodigo geſta ſunt, ex quibus ipſe prodigus quacunque ratione læſus eſt, nullius ſunt momenti: Si verò ſtatuatur à prætore, ſive magiſtratu demum bonis interdici, tunc omnia, ante iſtam interdictionem à prodigo geſta, & contracta, perinde rata ac firma erunt, ac ſi non à prodigo, ſed à quovis bono paterfamil. geſta eſſent: Rectè proinde quæritur, anne prodigo ipſo jure, an verò à lege bonis interdicatur bonorumque adminiſtratio adimtaur? Et quidem plæriq; in eam concedunt ſentẽtiam, quod prodigo à magiſtratu demum bonis interdicatur; Quorum hæc ſunt fundamenta.

1. In *l. 10. ff. de curat. furioſo*, refert

Ulpia-

Ulpianus Julianum ſcripſiſſe, *eos, quibus per prætorem bonis interdictum eſt, nihil transferre poſſe ad aliquem quia in bonis non habeant, cùm eis diminutio ſit interdicta:* Unde perſpicuum evadit, quod prodigo per prætorem bonorum adminiſtratio auferatur.

2. Id quod etiam Triphoninus *in l. 16. §. 1. ejusd. tit.* diſertè confirmare videtur, quando in hæc verba ſcribit: *His conſequens eſt, ut, etſi prodigo curatorem dederit pater, voluntatem ejus ſequi debeat prætor eumq; dare curatorem; ſed utrum omnimodo, an ita, ut niſi pater aliquid teſtamento caviſſet, prætor ei bonis interdicturus eſſet?*

3. Accedit quod idem Ulpianus *in l. 18. cui 18. ff. qui teſt. fac. poſſ.* de prodigi teſtamento ſcribit, Id teſtamentum, quod interdicto prius fecerit, valere: Quare etiam ante interdictum aliquando prodigus eſt; ſed hæc prodigalitas non nocet teſtamento, priuſquam interdictio à magiſtratu quoque procedat.

4. Præterea Paulus mulieri quoque luxurioſè viventi ait bonis poſſe interdici, quamvis in lege tantùm fiat mentio maſculorum prodigorum, addens, ex edicto in bonis curatoris prodigo quidem non dari hypothecam propter adminiſtratio-

ſtrationem; ſed conſequi eum hoc privilegium ex decreto, *l.* 15. *ff. de curat. furioſo.*

5. Quin & Gajus *in l.* 27. *ff. de minor. ſtatuit*, agnatos & adfines adoleſcentis nomine poſtulantes in integrum reſtitutionem, audiendos non eſſe, quàm ſi ex voluntate adoleſcentis poſtulent, aut ejus vitæ ſit, ut meritò etiam bonis ei debeat interdici. Quo Gajus nihil aliud ſignificat, quàm quod aliquis poſſit prodigus eſſe, cui tamen nondum ſit bonis interdictum: atque ita non ſtatim ex ipſa morum pravitate, decreto non expectato, judicari bonis alicui interdictum; ſed ita demum, ſi magiſtratus, cujus illud eſt, decreverit.

6. In *l.* 9 § *quoniam,* & § *ſed et ſi, ff. de Reb. credit.* oſtenditur eſſe aliquem revera quidem prodigum ac bonorum dilapidatorem, cui tamen bonis non ſit interdictū: *Numeravi,* ait JCtus, *tibi ſordidè & intemperanter viventi; poſt tibi interdicitur bonis; & mox à te numeratam prius pecuniam ſtipulor: quæritur an & ex mutuo & ex ſtipulatione condictio nata ſit? Vlpianus affirmat ex numeratione, quæ anteceſſit interdictum, ortam eſſe certi condictionem: Ex ſtipulatione, quæ ſecuta eſt, agi non poſſe, tanquam inutili.*

7. In *l. his qui.* 12. *ff. de tut. & curat. dat.*

K dicitur

Digitized by Google

dicitur à Divo Pio relatum eſſe quod m-tris querelam de prodigis liberis admiſerit, juſſeritq; ut illi in cura eſſent. Atqui ſi ipſo jure prodigi fuiſſent, boniſque eis lege interdictum eſſet, non amplius fuiſſet opus matris querela, nec digna ut ab Impp. admitteretur.

8. Confirmatur etiam hæc ſententia *cap. Veritatis extra de dolo & contumacia* Ubi notorium erat, Epiſcopum dilapidare bona Eccleſiæ, nullum modum, nullumque finem expenſarum ſervare: At pontifex, eo non attento, decernit, prius hoc examinari, deinde re cognita, bonis interdici fas eſſe.

9. Demonſtrat idipſum quoq; formula interdictorum, quæ extat apud Paulum *lib. 3. ſent. 4.* ubi *moribus*, ait Paulus, *per prætorem bonis interdicitur*: *Quando tua bona paterna avitaq; nequitia tua diſperdis, liberoſq; tuos ad egeſtatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioq; interdico.*

10. Arguunt hoc etiam duo exempla apud Valerium Maximum Quinti Fabii Max. & Gaij Licinii cognomento Hoplomachi, quibus à prętore bonis interdictũ eſſe refert Val. Maxim. *lib. 3. c. 5. & lib. 8. c. 6.*

11. Denique cum res valde ſit ignominioſa magniq; pręjudicii bonis alicui interdici

terdici ac bonorum adminiſtrationem auferri. Sit etiam ob varias perſonarum, rerum, temporum, cauſarum ac facultatum circumſtantias judicatu perquam difficilè, quinam ſit prodigus, idcircò non videtur hoc opinioni ac judicio vulgi permittendum, ſed decreto magiſtratus dijudicandum.

Verùm contraria opinio, quod prodigo ipſo jure abſque magiſtratus decreto bonis interdicatur, verior eſt ac ſubſequenti hoc argumento confirmatur

1. Prodigo dicitur bonis *lege* interdici, *l. 1 ff. de Curat. furioſ. l. is cui, 18. ff. qui teſtam. fac. poſſ. l. 5. ff. de acquir. hæredit. §. furioſi, 1. de Curat.* Atqui id demum lege fieri dicitur, quod ſolâ fit lege, nullo hominis facto interveniente, ut clarè arguit, *l. legitimos, 5. princip. ff. de legitim. tutor.* In qua Ulpianus: Legitimos tutores, ait, nemo dat; ſed lex 12. tabb. fecit tutores; In eodem ſignificatu lex 12. tabb. dicitur agnatos proximos curatores dare furioſo; Non enim deſideratur hic opera magiſtratus: ſed ſola lex curatorem, abſque magiſtratus facto cõſtituit. Pari modo cùm lex 12. tabb. dicitur hæreditatem ab inteſtato deferre proximo agnato, non deſideratur hominis factum aut

voluntas, qua hereditas ad proximum agnatum devolvatur; ſed ipſo jure, excluſa hominis voluntate, hereditas deferri dicitur.

Reſpondet quidem ad hoc fundamentum Donellus *in d.l.* 1. *de curat. furioſ.* cum cæteris concordantibus. In illis jus vetus proponi, quod nempè L. 12. tabb. fuerit inductum, verum manifeſtè id corrigi ab Ulpiano *in l.* 1. *ff. de curat. furioſ.* ubi cùm initio retuliſſet Ulpianus *Lege* 12. *tabb. prodigo bonis fuiſſe interdictum*, ſtatim juris hujus veteris emendationem ſubjiciat: *Sed ſolent*, inquiens, *hodie prætores vel præſides, ſi talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expenſarum habet; ſed bona ſua dilacerando ac diſſipando profundit curatorem dare*.

Veruntamen quominus hujuſmodi legis emendationem admittam hæ faciunt rationes, 1. Quod omnes iſtæ leges quæ de interdictione bonorum, à lege 12. tabb. facta, loquuntur in præſenti, non in præterito loquantur: *Interdicitur*: inquiunt, *prodigo bonis*; non ajunt *interdicebatur prodigo bonis*, 2. Quia *In verſic. ſed ſolent hodie.* JCtus non de interdictione bonorum; ſed de curatoris datione expreſsè loquitur; Adeoque *in pr. legis & verſic. ſed*

ſolent

ſolent hodie. de diverſis atque ſeparatis agit; & conſequenter, quod *in pr.* de interdictione bonorum à lege facta proponitur; id *in d. verſic.* Sed ſolent non emendatur. Nec ad rem facit quod regerit Borcholt, interdictionem bonorum & curatoris dationem olim adeò fuiſſe cõnexa lege duodec. tabb. ut unum planè ex altero pependerit, ac proinde fieri planè non potuerit, quin uno mutato, alterum non etiam fuerit mutatum. Quocirca cum hodie non amplius prodigo ipſo jure & lege 12. tabb. ſed à prætore curator dari ſoleat, ut *in d. l.* 1 *ff. de Cur. furioſ.* & *in §. furioſi, l. de Curator.* dicitur; conſequens ſit ut prodigo non amplius ipſo jure; ſed à prætore bonis interdicatur. Reſp. Nam poſito eo quod interdictio bonorum & Curatoris datio fuerit olim inſeparabiliter connexa. Non tamen inde ſequitur, quod causâ efficiente unius mutatâ, alterius quoque efficiens cauſa mutata fuerit: Cum non ſit de natura connexorum ut ex una promaneant eademque cauſa: Sic enim licet furioſo ipſo jure bonis interdicatur, *l. 1. l. 2. l. 5. l. 6 ff. de Curat. furioſ.* ei tamen non à lege ſed à magiſtratu curator datur, *§. 3. l. de Curator.*

Digitized by Google

gnitionem; & conſequenter de interdi-
ctione, quæ meri eſt juris.

Non obſtat huic *primum argumentum*; ut nec *ſecundum*, *tertium*, *quartum quintũ* & *ſextum*, reſpondetur quod enim, *in l.* 10. & *l.* 16. §. 1. *ff. de Curat. furioſ.* dicitur per prętorem bonis interdici prodigo. Quod item *in l.* 18. *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* proponitur de prodigi teſtamento, quod prius ſit interdicto. Quod etiam, *in leg.* 15. *ff. de Curat. furioſ.* ſcribitur de muliere luxuriosè vivente quod ex decreto bonis ei interdici poſſit: Quodque *in d. l.* 27. *ff. de minor.* ſtatuitur tunc demum agnatos & adfines adoleſcentis luxuriosè viventis, in integrum reſtitutionem petentes audiendos eſſe, ſi ejus vitæ ſit adoleſcens, ut ei meritò bonis interdici debeat: Et quod denique, *in l. nona*, §. *quoniam*, & §. *ſed etſi*, *ff. de Reb. credit.* mentio ſit prodigi & dilapidatoris, cui tamen bonis interdictum non ſit. Id omne de prodigo, qui non eſt notoriè prodigus, ſive de cujus prodigalitate omnibus non conſtat accipiendum eſt: Quamvis enim huic revera ſit bonis interdictum à lege ex eo ſtatim tempore, quo dilapidare cœpit ac diſſipare bona ſua: Quia tamẽ de interdictione hac non

Digitized by Google

omnibus perinde conſtat, propterea, quod nec omnibus facultates ejus ſatis ſunt cognitæ; idcircò decreto prætoris hoc caſu eſt opus, quo non tam bonis ei interdicatur, quàm prodigus declaretur eidemque bonis interdictum eſſe ſignificetur. Quod ſi autem de prodigalitate alicujus notoriè conſtet omnibus; ſupervacuum erit eum, quem prodigum eſſe ſuaque bona dilapidare ac diſperdere, omnibus conſtat prodigum à magiſtratu declarari, eique bonis interdici: Deinde quod prodigus proponitur ante interdictionem feciſſe teſtamentum, intelligendum hoc eſt per anaphoram, ſic ut is, qui nunc prodigus eſt, ante interdictionem, & priuſquam prodigus fieret, teſtamentum fecerit.

Ad ſeptimum ℞. In *l. hu qui*, 12. *ff. de tut. & curat. dat.* non agi de interdictione bonorum; ſed de datione curatoris. Etſi enim illîc ipſa lege liberis prodigis bonis interdictum fuerit: Quia tamen interdictionem iſtam ſpernebant, atque, eâ non obſtante, pergebant bona ſua profundere ac diſſipare; ideo de hac illorum prodigalitate conqueſta eſt mater petiitque non bonis interdici liberis, ſed curatorem illis dari.

Ad Octa-

Digitized by Google

Ad Octavum reſpondetur, *Capitulum Veritatis. extr. de dolo & contumacia.* ad propoſitum planè non pertinere, 1. Quia Epiſcopus, de quo ibi agitur, prodigus non fuerit, ut qui non propria; ſed aliena, Eccleſiæ ſcilicet bona profuderit: At prodigus is eſt, qui in propriis bonis modum expenſarum non tenet; ſed bona ſua diſſipando ac dilacerando profundit; *l.* 1 *ff. de Curat. furioſ.* Deinde quamvis Epiſcopus prodigus fuiſſet: Non tamen notoriè fuiſſet prodigus: *Tum* quod, ut in textu dicitur, publica duntaxat fuerit fama, Epiſcopum illum prodigum eſſe: *Tum* etiam quod illîc inquiſitio & cauſæ cognitio fuerit adhibita, quæ non in notoriis, ſed in obſcuris duntaxat adhiberi ſolet. Denique Epiſcopo, *in d. cap. veritatis.* non fuit bonis interdictum; ſed ab officio fuit remotus, & quidem non ob ſolam bonorum Eccleſiæ profuſionem; ſed ob alia etiam crimina, ut ex textu liquidò patet.

Ad *Nonum & Decimum* reſpondetur: Formulam interdictionis à prætore factæ, ut & exempla illorum, quibus à prætore bonis fuiſſe interdictum, apud Valerium Maximum legitur, ad eum ſpectare prodigum, quem talem eſſe, apertè

& notoriè non conſtat: Huic enim decreto ſolere bonis interdici, jam ſupra conceſſimus.

Ad poſtremum reſpondetur: Illud ipſum quoque ſuperiori Donelli diſtinctione refelli: Fatemur quippe fieri poſſe ut de alicujus prodigalitate propter varias circumſtantias non liqueat; Verùm tunc noſmetipſi cauſæ cognitionem & prætoris decretum deſideramus, quo non quidem bonis demum prodigo interdicatur; ſed per quod interdictio legis declaretur.

QUÆSTIO IX.

An prodigus ex pacto ſuo & contractu, ſine Curatoris ſui conſenſu inito, obligetur ſaltem Naturaliter?

PRodigum, ut cui non ſolùm bonorum adminiſtratione interdictum; ſed etiã, qui ſuper rebus ſuis contrahere diſertè prohibetur, non obligari civiliter ſi ſine curatoris conſenſu contraxerit dilucidè probat, *l. is cui, 6. ff. de V. oblig.* ubi JCtus Ulpianus in hæc verba ſcribit; *Is, cui bonis interdictum eſt, ſtipulando ſibi acquirit: tradere verò non poteſt, vel promittendo obligari; Et ideò nec fidejuſſor pro eo intervenire poterit.*

Sed utrum naturaliter ſaltem, ſi non civiliter, obligetur, queſtio difficilis eſt &

perple-

perplexa? Exiſtimarim verò, ſalvo aliorum judicio; prodigum nec naturaliter, nec civiliter obligari.

1. Quia *in d.l. Is cui, 6.ff. de verb. obligat.* Ulpianus expreſsè ſcribit: prodigum ex ſtipulatione adeò non obligari, ut nec fidejuſſor pro eo intervenire poſſit: At verò ſi naturaliter obligaretur; fidejuſſor utique pro eo poſſet intervenire: Cùm fidejuſſor accedere poſſit non modò civili; ſed naturali quoque obligationi, §. 1. *Inſtit. de fidejuſſor. l. 8. §. 1. & 2. ff. eod.*

2. Quia *in ead. l. 6. in fine* ut & *in l. 40. hujus tit.* prodigus expreſsè furioſo, quoad contractum & obligationem comparatur: Cui conſequens videtur, ut ſicut furioſus contrahere non poteſt, nec contrahendo obligatur, *leg. 5. de Reg. Iur.* ita quoque prodigus ex contractu ſuo non obligetur.

3. Cui bonorum adminiſtratio eſt adempta, is non poteſt contrahere ac contrahendo ſeſe obligare; cum bonorum adminiſtrationis pars quædam ſit jus cõtrahendi & obligandi.

4. Qui conſentire non poteſt, nec judicium habet & intellectum, is non poteſt contrahere nec contrahendo ſeſe obligare, *l. 1. §. 3. verſic. Adeò verò, ff. de pact.* At-

Digitized by Google

qui prodigus non poteſt conſentire cum de bonorum ejus alienatione ac diminutione agitur, ut qui nõ magis velle quàm furioſus poſſit, *l.* 40. *de R.I.*

Non obſtat huic, 1. Quod prodigus cum integræ adhuc & ſanæ ſit mentis, poſſit conſentire, ex cõſenſu verò naſcatur naturalis obligatio, *arg. l.* 1. *ff. de pact.*

Reſpondetur: primò enim negatur pupillum, quando de alienandis, obligandis & diminuendis bonis ejus agitur, conſentire poſſe; unde & furioſi; vel ejus, cui bonis interdictum eſt, nullam voluntatem eſſe diſertè ſcribitur, *in d. leg.* 40. Etſi enim ſanæ adhuc & integræ ſit mentis; intellectum etiam habeat ac conſenſum; quoad adminiſtrationem tamen bonorum ſimilis furioſo habetur; ut non magis; quàm ipſe velle & conſentire poſſit. Præterea ut quis contrahere atque ex contractu obligari poſſit, non ſufficit, quod conſentire valeat per naturam; ſed requiritur inſuper, ut bonorum ſuorum habeat adminiſtrationem, cùm obligatio, etiam naturalis, ſit vinculum juris, quo neceſſitate obſtringimur ad aliquid dandum vel faciendum, *pr. Inſtit. de oblig.*

Non obſtat deinde, quod interdictio bonorum, prodigo facta, ſit civilis ſolùm

& poli-

& politica, ac proinde naturalem obligationem impedire nequeat, *arg. §. pen. I. de jure Nat. Gent & Civ.* in qua dicitur: Naturalia jura eſſe immutabilia, & *§. ult. I. de legitim. agnat. tutel.* Ubi Juſtin. Civilis ratio civilia quidem jura corrumpere poteſt: Naturalia verò non utique.

℞. Interdictio ſiquidem hæc bonorum non merè civilis eſt; ſed naturali quoq; ac gentium jure nititur, quod ſuadet, homini tam petulanter in res ſuas graſſanti ac naturalem liberalitatis parſimoniæq; legem violanti bonis interdici, eorumque adminiſtrationem prodigo auferri ac curatori demandari.

Non obſtat inſuper, quod prodigus pupillo magis comparetur quàm furioſo; pupillus verò naturaliter obligetur.

℞. Nam 1. Prodigus æquiparatur pupillo in acquirendo, non etiam in amittendo, *l. 3. ff. de Novat. l. 6. de V. obl.* Furioſo autem in amittendo. Cujus ratio ſupra quoque expoſita fuit: Hæc nempe quod prodigus, quatenus bona ſua augere ſtudet & amplificare non exiſtimetur prodigus, nec hactenus bonis ei interdictum cenſeatur, *l. 1. ff. de curat. furioſ.* Deinde ſi pupillo comparatur, tum ſicut pupillus non obligatur naturaliter, ſine tutore

contra-

contrahens, niſi in quantum factus eſt locupletior, prout demonſtratum fuit ſupra; ita nec ipſe prodigus; ſane ſi ſuam cōditionem reddiderit meliorem, quin hactenus obligetur, dubiū planè nullū eſt.

Non adverſatur denique quod fidejuſſor dicatur pro prodigo intervenire & obligari, *in l. Marcellus*, 25. *ff. de fidejuſſor.* In qua Ulpianus ita: Marcellus ſcribit *ſi quis pro pupillo ſine tutoris authoritate obligato, prodigove, vel furioſo fidejuſſerit magis eſt ut ei non ſubveniatur, &c.* Fidejuſſor autem non poſſet intervenire pro prodigo, niſi & ipſe prodigus obligatus eſſet, *d.* §. 1. *l. de fidejuſſ.*

Reſpondetur. Quando enim, *in d.l.* 25. proponitur pro prodigo obligato interveniſſe fidejuſſorem, id de prodigo ante obligato, quàm bonis ei interdiceretur prodigusque exiſteret, accipiendum eſt. Non verò de prodigo poſt interdictionem demum & poſtquam revera prodigus extitit intelligi poteſt propter textum expreſſum, *in d. l.* 6. *ff. de verb. obligat.* In qua expreſsè dicitur, prodigum ex eo tempore, quo prodigus eſſe cœpit, non poſſe obligari nec pro ipſo ſere tunc obligante intervenire poſſe fidejuſſorem. Niſi fortaſſis hoc modo quis reſpondere

malit;

malit; prodigum exemplo furioſi, *in l. 46. de obligat. & Act.* non quidem ſuo ex contractu obligari; ſed tunc obligari, cum ex re obligatio deſcendit. Eoque caſu pro prodigo ex re obligato intervenire poſſe fidejuſſorem.

QUÆSTIO X.

An minor viginti quinq; annis ſine curatoris conſenſu poſſit paciſci & ex pacto obligetur?

Diſtinguendum hîc eſt inter minorem, qui habet curatorem, & eum, qui non habet curatorem: Ut hic quidem ſine curatoris conſenſu obligetur ſic tamen ut læſus in contractu habeat beneficium reſtitutionis in integrum: Ille verò qui curatorem habet, ſine ejus conſenſu non obligetur Robert. 1. *animadverſ.* 12. *& in Not. ad Mercatorem lib.* 1. *cap.* 12. Donellus & Duarenus *in l.* 101. *de verb. oblig.* Gödd. *de contrahend. & committ. ſtipulat. cap.* 7. *concl.* 14. *n.* 236. Bocerus *d. Inveſtit. feudi c.* 3. *n.* 17. *cum ſequent.*

1. Nam *in l. 3. C. de Reſt. in integr. min.* Diocletianus & Maximinian. diſtinguũt; ut ſi minor habuerit curatorẽ & ſine conſenſu ejus prædium vendiderit, tum contractus non ſubſiſtat, ſed ipſo jure ſit nullus: Sin verò curatorẽ non habuerit tum contra-

ctus

ctus ab eo initus ſubſiſtat, verùm reſcindi poſſit per in integrum reſtitutionem, ſi in iſto contractu minor læſus fuerit & circumventus: *Si curatorem habens, inquiunt Imperatores, minor quinque & vinginti annis poſt pupillarem ætatem res vendidiſti hunc contractum ſervari non oportet, cum non abſimilis ei habeatur minor curatorem habens cui à Prætore, curatore dato, bonis interdictum eſt: Sin verò ſine curatore conſtitutus contractum feciſti: implorare in integrum reſtitutionem ſi necdum tempora præfinita exceſſerint, causâ cognita, non prohiberis.*

Etſi verò Jacobus Cujacius *lib. 9. obſerv. 33. & in l. 101. de V. obl.* Johannes Borchold *in tractat. de Reb. credit. c. 3. & in tractat de Iurejurando c 3. n. 29. & ſequent.* Andr. Fachin. *lib. 3. contr. cap. 9.* & Giphanius *ad l. obligari de obl. & Act. ad d. l. 3.* Reſpondeant: Eam legem de rerum alienatione, veluti de rerum venditione jam perfecta completaque loqui, non verò de obligatione: Puberem non poſſe quidem alienare res ſuas abſque curatoris authoritate; Cùm curatori ſit rerũ adminiſtratio cõmiſſa ipſi verò adempta: At verò puberem obligari poſſe ſine curatoris authoritate, quoniam curator non perſonæ minoris ſed ejus duntaxat rebus ac bonis datus intelligatur.

gatur.

gatur, *Pr. I. de Curator.* Veruntamen Reſponſio hæc vix ac ne vix quidem ſuſtineri poterit: Quia expreſsè, *in d. l.* 3. de venditione loquuntur Imperatores; non de Alienatione: Venditio autem, propriè loquendo, non eſt alienatio, *l.* 20. *C. de pact. l.* 3 *ff. de oblig. & Act.* Nec enim rei venditæ dominium transfertur, niſi traditione ejus ſubſecuta, § *per traditionem de R. Diviſ.* quæ tamen traditio non eſt de venditionis ſubſtantia, nec ad eſſentiam ejus pertinet, *tot. tit. I. de obl. qua ex conſenſ pr. &* § 3. *I. de Empt.* §. 2. *I. de donat.*

Et quanquam venditionis nomine ſępè alienatio intelligatur, utpote cõſequens quoddam vēditionis; Unde & Seneca *Nũquid non demens, ait, videbitur, qui aliud ſe vēdidiſſe ſibi dicet, quia venditio alienatio eſt, & rei ſua, juriſq; ſui in alium translatio.* Et contra alienationis nomine frequenter venditio ſignificetur, *l.* 3 *C. de jur. Emphyteutico.* Hoc tamen in loco venditionem pro alienatione nõ poni hinc colligitur: 1. Quia propriè loquendo venditio non eſt alienatio, *d. l.* 20. *C. de pact. & l.* 3. *ff. de oblig. & act.* à propria verò ſignificatione in dubio non receditur, *l. Non aliter de legat.* 3. 2 Quia Imperatores de CONTRACTU venditionis loquuntur. *Hunc contractum*

inquiunt

inquiunt ſervari non oportet: Contractus verò non eſt alienatio, 3. Quia minorem curatorem habentem comparant cum prodigo: Prodigum verò ſine ſuo curatore non obligari conſtat, *ex l. 6 ff. de v. obligat.* Nec impedit quod Giphanius reſpondet; prodigo minorem *in d l. 3.* tantùm ſecundùm quid comparari, quoad alienationem ſcilicet, de qua ibidem agitur; Nam hoc in mera ac nuda conjectura & divinatione conſiſtit atq; ſatis cum generalitate textus tum rationibus antecedentibus refellitur.

Quocirca ex hiſce manifeſtum exiſtimo adductam *l. 3.* non de alienatione, ſed de venditione loqui.

Reſpondent deinde alii ad *d. l.* 3. In ea proponi unicum caſum de quo duæ ſubjiciantur quæſtiones. Caſum hũc eſſe quo minor curatorem habens fundum ſine curatoris conſenſu vendiderit & ex venditione iſta læſus fuerit: De hoc caſu quæri 1. *Vtrum contractus ſervandus ſit nec ne?* Ad quod Imperatores reſpondeant: contractum ſervandum non eſſe; Alteram quæſtionem eſſe, *quomodo contractus ſervari non debeat?* Ad quã Imperatores reſpondeant; illum per in integrum reſtitutionem impugnandum.

Hæc

Hæc verò *d.l.* 3. explicatio hiſce argumentis confirmari videtur.

1. Quod unicus caſus ſit ab Imperatoribus propoſitus hinc colligendum videtur, quòd veriſimile non ſit Impp. reſpondiſſe de duobus caſibus cum non de duobus ſed de unico caſu fuerint cõſulti conſulens enim Arrianus aut habuit curatorem aut nullum habuit.

2. Quod Imperatores reſponderint ſolùm de eo minore, qui curatorem habuerit hac ratione probari videtur, quia de eo minore, qui curatorem non habuit dubiũ eſſe non potuerit quin obligetur eiq; læſo ſuccurratur per in integrum reſtitutionem, adeoq; planè ineptum & ſupervacuum fuerit Impp. Conſulere de eo quod juris fuerit indubitati: Aut ſi omninò de eo cõſulti fuiſſent procul dubio, ut alibi, reſpondiſſent *hoc juris eſſe certi vel indubitati vel explorati*, 3. Quod deniq; *in d.l.* 3. Contractus non fuerit ipſo jure nullus, hinc relucere videtur q; Impp. venditionem ab Arriano cõtractã appellitẽt contractũ: jam verò ſi venditio ipſo jure nullius eſſet momẽti, *contractus* nõ diceretur, cũ non-entis nullę ſint qualitates, nullæ conſiderationes: Inſuper Imperatores vẽditionem iſtam ſervari non oportere ſcribunt:

bunt : quo ipſo ſanè ſignificare videntur, contractum valere, ſed efficaciæ illius non eſſe ut ex eo agi poſſit : Ineptè enim diceretur, contractum non eſſe ſervandum, qui ipſo jure eſt nullus ; Cùm, ut dictum, non-entis nullæ ſint qualitates, nullæ prædicationes : Atque *ſervari* & *non ſervari* de eo rectè enuncietur quod ipſo jure valet, non quod ab initio nullum eſt. Poſtremò ſi contractus eſſet ipſo jure nullus, non opus eſſet hac quęſtione, quomodo ſervandus non eſſet.

Cæterùm & hanc ſolutionem non meliorem eſſe priori exiſtimo. Quod enim *in d. l.* 3. duo proponantur caſus diverſi, in quorum priori minor habuerit curatorem ; In poſteriori verò curatore fuerit deſtitutus, probat particula *verò* quæ habet naturam disjugendi ea, quæ inter ſeſe diverſa ſunt.

Nec audiendi hîc ſunt, qui ajunt, particulam VERÒ idem ſignificare quod AUTEM, hanc verò frequenter ſumi pro ENIM, *l. intra. quatuor.* 10. §. *fin. ff. d. verſ. temp. præſcr.* ac pro IGITUR *l.* 63. §. *pecoribus, ff. de legat.* 3. in qua ſignificatione ſi accipiatur particula VERÒ *in d. l.* 3. rem fore expeditam, ut vel ratio illis poſterioribus verbis reddatur, quare contractus

ctus ſervandus non ſit, nimirum quia reſtitutio in integrum minori competat, vel ex prioribus inferatur igitur contractum hunc ipſo jure validum reſtitutione in integrum reſcindendum eſſe.

Hæc, inquam, reſponſio attendenda non eſt; ſiquidem in dubio à propria & Genuina ſignificatione vocis VERÒ non eſt in dubio recedendum: Nec ſequitur, particula *verò* idem ſignificat quod *Autem*. Hæc verò particula *Autem* idem quandoque denotat quod *Enim* vel *Igitur*; proinde etiam particula *verò* pro *enim* vel *Igitur* aliquando ſumitur.

Quod porrò in caſu, *l.* 3. priori contractus ipſo jure ſit nullus, hinc probari videtur, quod minor curatorem habens conferatur cum prodigo; contractus verò cum prodigo initus ſit ipſo jure nullus *l. 6. de verb. obligat.*

Nec ad rem pertinet, quod ajunt, Minorem cum prodigo comparari, in eo, quod contractus ſervari debeat, non autem in modo non ſervandi: Contrarium ſiquidem ex ipſis verbis legis ſatis liquet.

Poſtremò quod in verſic. Si verò Impp. tractent de minore non habente

curato-

Digitized by Google

curatorem liquido probant verba *Sine curatore conſtitutus.* His enim verbis apertè ſignificatur minorem, de quo Illîc diſſerunt Imperatores, curatorem non habuiſſe, verbum enim *conſtitutus* pro eo quod eſt, Exiſtere Eſſe, habere paſſim uſurpatum legimus; veluti *in l.* 8. §. 1. *ff. de tutor. & curat. dat. l.* 3. *v. vel adhuc C. ſi major factus l. fin. in verbis ſub tutela conſtitui, C. de legitima tutela l.* 1. *& l.* 7. *C. qui dar. tut. vel curat. l.* 7. *C. de curat. furioſ. l. unic. C. de act. à tutor. vel curator.* Ex hiſce igitur patet ſuperiorem, *d. l.* 3. *C. de reſtit. in integrum minor.* interpretationem ſubſiſtere non poſſe. Nec defenditur argumentis pro ea ſupra adductis.

Ad primum enim reſpondeo in legibus Codicis nihil ferè eſſe frequentius, quàm ut, ambiguitatis tollendæ cauſa, Imperatores de unico caſu conſulti per plurium cauſarum caſuumque enumerationem ac diſtinctionem Reſpondeant veluti, *in l.* 1. *l. fin. C. ſi quis ignor. rem min. l.* 1. *l.* 3. *C. ſi adv. libertat. l.* 2. *C. ſi adverſ. donat. l.* 4. *l. ſi ſuperſtite, C. de dolo. malo. l.* 3. *l. ut reſponſum, l. cum proponas, l. ſub prætextu, C. de tranſact. l.* 1. *C. de edend.*

Ad ſecundum reſpondeo Imperatores in legibus Codicis ſæpè reſcripſiſſe ac reſpondiſſe

ſpondiſſe de re minus dubitabili, conſultos à privatis hominibus juris planè imperitis.

Ad Tertium reſpondetur. In *dict.leg.* 3. venditionem ſine curatoris conſenſu initam appellari *contractum* abuſivè & impropriè, quemadmodum venditio à prodigo inita contractus dicitur, quia ſcilicet intentione ac facto illorum, qui contrahebant, putabatur fieri venditio: Atque ſic falſus tutor appellatur tutor & falſum teſtamentum vocatur teſtamentum, *l. Paulus*, 221. *de verb. ſignif.* Præterea *non ſervari*, quod opponitur *obſervari* propriè ad ea refertur, quæ ipſo jure non ſubſiſtũt, ſed irrita ſunt & nulla; Id enim, quod ab initio ſtatim non valet, & pro infecto habetur rectè dicitur non ſervari. Atque ita pactum à jure remotum dicitur non ſervari, *l.* 7. §. *ſi paciſcar, ff. de pact.* Et tamen hujuſmodi pactum, quod juri Communi adverſatur, nullius eſſe momenti & pro infecto haberi ſancit Juſtinianus *in l. Non dubium, C. de legib. l. Gener. d. v. obl.* Et *in l.* 27. § *pacta*, 4 *ff. de pact.* Ea pacta, quæ turpem cauſam continent, non ſunt obſervanda. Hæc autem, quin ipſo jure ſint nulla, patet ex *d. l. general. de v. obl.* Deniq; obſervandum eſt quod de contractu, à

ctu, à minore, curatorem habente, inito *in d. l. 3.* non quæratur quomodo ſit ſervandus; ſed ſimpliciter decidatur, contractum ſervandum non eſſe, hoc eſt, eum jure ipſo, & ſtatim ab initio nullum eſſe.

2. Quod ſine curatoris auctoritate non obligetur minor, hæc porrò ratio probat, quod cui bonorum adminiſtratio adempta eſt, eidem quoque ademptum ſit jus ſeſe obligandi ſuo arbitrio ex conventione, *l. is cui bonis 6. de V. O. tot. tit. ff. de curat. furioſ.* quoniam bonorum appellatio continet obligationes & jus ſeſe obligandi, *l. 49. de verb. ſignif.* Et jus adminiſtrandi tam ad obligationem, quàm ad alienationem ſpectat, *l. ſane, C. de adm. tutor.* Atqui minori adempta eſt bonorum adminiſtratio, dato ei curatore, *l. Sancimus 25. C. de admin. tut. l. In bonorum, 48. ff. de admin. & peric. prin. l. de auct. tut. l. 1 ff. de minor.* Ergo eidem quoque ademptum eſt jus ſeſe obligandi & contrahendi.

3. Qui non poteſt alienare invito, ſeu nõ conſentiente curatore, is nõ poteſt ſe ſine illius conſenſu obligare, quia alienatio eſt effectus & conſequẽs quoddã obligationis: A quo autẽ removetur effectus,

ab eo

ab eodem quoque cauſam removeri neceſſum eſt. Cui denegatur neceſſarium conſequens, eidem quoque antecedens denegari intelligitur: Atqui minor abſque curatoris conſenſu non poteſt bona ſua alienare; *tot. tit. ff. de reb. minor.* Ergò non poteſt ſine curatore ſuo contrahere & contrahendo ſeſe obligare.

Contrariam opinionem, quod nempe minor, ſine curatoris conſenſu contrahens, obligetur, amplectuntur Herman. Vultejus *in diſcept. ſcholaſt. c. 16* Cujac. *lib. 9. obſerv. 33. & ad l. 101. de V. obligat.* Borchold. *de reb. credit. c. 3. & de jurejur. c. 3. n. 29. & ſequentib.* Andr. Fachin. *lib. 3 Contr. 9.* Giphanius *ad l. obligari de obligat. & Act.* Antonius Faber. *6. Error. pragmat. 9.* & qui hos plurimi è Neotericis ſequuntur.

Argumenta illorum hæc ſunt:

1. *In l. 101. de V. obligat.* expreſsè Modeſtinus J Ctus *Puberes* ait *ſine curatoribus ſuis ex ſtipulatu obligari poſſunt.*

2. Cura non eſt perſonæ, ſed rei, nec enim curator datur perſonæ, ſed rebus, ſeu bonis minoris, *l. 3 pr. ff. de tutel l 32. pr. ff. de Epiſcop. & Cleric. l 1. C. quando ex fact. tut. l. 44. §. At ſi ff. de excuſat. tut.* Obligatio autem non eſt rei, ſed perſonæ, quia per-

L ſona,

ſona & non res vinculo adſtringitur ex obligatione *pr. I. de obligat.* Verb. *obſtringimur*. Igitur minor etiam ſine curatore obligari poteſt, nec obligatio ad curatoris adminiſtrationem & munus pertinet.

3. In *l. ſciendum, C. de nupt.* diſertè ſcribũt Impp: fœminam ſine curatore poſſe matrimonii contractũ inire. Et *in l. in copulãdis, 8. C. eod. tit.* In copulandis inquit Gordianus; nuptiis nec curatoris, qui ſolam rei familiaris ſuſtinet adminiſtrationem, auctoritatem debere intervenire.

Et in *l 20. ff. de Rit. nupt.* Paulus ſcribit: *Sciendum eſt ad officium curatoris non pertinere, nubat pupilla annon, quia officium ejus in adminiſtratione negociorum conſiſtit.*

4. In *l. ait Prætor. §. 1 ff. de minor.* dicitur ſine curatoris conſenſu minori rectè ſolvi, ut hac ſolutione jure liberetur debitor tantũq; ſuperſit minori in integrũ reſtitutio

5. *In l. Nam poſteaquam, §. ſi minor. ff. de jurejur.* ſtatuit. Ulpianus minorem poſſe ſine Curatore jusjurandum litis deciſorium deferre: ſic ut delatio iſta non ſit ipſo jure nulla, ſed valeat & ſi læſum, ſe minor probet in integrum reſtitui queat. *Si minor* ait *viginti quinq; annis detulerit jusjurandum & hoc ipſo jure captum ſe dicat, adverſus exceptionem jurisjurandi replicari debebit, ut*

Pom

Pomponius ait. Ego verò puto hanc replicationẽ non ſemper eſſe dandam; ſed plærumq; ipſum Prætorem debere cognoſcere, an captus ſit & ſic in integrum reſtituere.

6. Minor viginti quinq; annis rogatus ſit per fidei commiſſum reſtituere curatori ſuo hereditatem rectè eam ſine ullius curatoris auctoritate reſtituere dicitur, *in l. 1. § fuit. ff ad SC. Trebell.*

7. *In l. cum in una, § fin. ff. de appell* dicitur ſi tutoris auctoritas fuerit pupillo neceſſaria, veluti ad adeundã hereditatẽ, tutor ei neceſſariò dabitur: Quoniam tutoris auctoritas adhoc ei inutilis eſt: Si igitur ſine curatore minor poteſt adire hereditatem; ſequitur quod etiam ſine curatore minor poſſit contrahere & exinde ſeſe obligare, quia hereditatis datio eſt, quaſi cõtractus ex quo heres legatariis & fidei commiſſariis obligatur. §. 5. *I. de obligat. quæ quaſi ex contract.*

8. Accedit his quod Pubes curatorẽ habens non ſolum ſit civis Romanus, ſed firmi etiam judicii, ita ut probe intelligat quid agat & per naturã conſentire queat. Cui videtur conſequẽs, ut qui cõſenſu fiant cõtract9 eos minor cõtrahere poſſit.

9. Adde quod tutor authoritatem; Curator cõſenſum interponat: Authoritas

conſenſum legitimet ad actum perficiendum; Conſenſus non item: Cum minoris perſona per ſe ſatis ſit integra; adeò, ut minores inviti non accipiant curatores, §. *Item inviti I. de curat.*

10. Major eſt Patris, quàm Curatoris authoritas: Cùm longè majus in filium jus habeat Pater, quàm curator in impuberem: At minori contrahenti, nec patris authoritas eſt neceſſaria, *l. fin. §. 1. ff. de V. O.* Ergo multo minus neceſſaria erit authoritas curatoris.

11. Cui conceditur id, quod majus eſt, eidem denegari non oportet id, quod minus eſt: Atqui majus eſt teſtamentum facere poſſe, quod tamen minori puberi conceditur, quàm de quibuſdam duntaxat rebus ſuis contrahere poſſe: Igitur minori puberi permittendum erit de bonis ſuis, etiam ſine curatore, contrahere, ac contrahendo ſeſe obligare.

12. *In l. obligari 43. ff. de obligat. & Action.* in hæc verba ſcribit JCtus: *Obligari poteſt paterfam. ſuæ poteſtatis compos mentis pupillus ſine tutoris authoritate non obligatur Iure Civili:* Quibus verbis confert JCtus pupillum cum pubere curatorem habente; ſic ut ille non obligetur ſine tutoris authoritate: Hic verò obligetur. Hæc igitur funda-

fundamenta ordine relata evidenter probare videntur, minorem ſine curatoris ſui conſenſu obligari poſſe.

Verùm enim vero mihi tanti momenti non videntur, ut à priori ſententia quicquam dimovere debeant.

Quantum enim *ad primum*, quod ex *l. 101. de V. obligat.* ſumunt, variè ab interpretibus diſſolvitur.

Nam *primò* Henricus Bocerus diſtinguit inter ſtipulationem & reliquos contractus, ſic ut puberes ſine curatoribus ſuis ex ſtipulatu quidem obligentur: Ex aliis verò contractibus non obligentur: Et hoc ideò, quia ſtipulatio eſt contractus omnium firmiſſimus, *arg. §. 1. I. de V. obligat.* ad hoc potiſſimum inventus ac introductus, ut alios contractus firmet Paul. *lib. 5. ſentent. 7.*

Quam tamen reſponſionem ego probare non poſſum propterea, quod jus contrahendi ſtipulationem non minus ad rerum adminiſtrationem, quæ minori adempta & curatori commiſſa eſt, quàm jus alios contractus ineundi ſpectat: Nec minus ex ſtipulatione rerum ſequatur alienatio, quam aliis è contractibus, adeóque eadem planè ratio in ſtipulatione, quæ in cæteris contractibus obtineat:

Accedit huic, quod vel ideo quia ſtipulatio firmius obſtringit, quàm cæteri contractus, puberes ſine conſenſu curatoris obligari minus poſſint, quàm ex aliis contractibus; quoniam qui prohibetur ex contractu minus firmiter obſtringente obligari, is multò magis prohibetur ex contractu omnium firmiſſimè obſtringente obligari.

Secundò Johannes Gœdd. reſpondet dictionem (*ſuis*) *in d. l.* 3. non ad vocem *curatoribus*, ſed ad ſubaudiendam dictionem *creditoribus* referendam eſſe, ſic ut poſt vocem creditoribus diſtinctionis, ſeu commatis ſignum ponatur: Quaſi Modeſtinus ſcripſiſſet: Puberes *ſine curatoribus* (h. e. *non habentes curatores*) ſuis creditoribus obligari poſſunt.

Rejicitur verò & hæc reſponſio. 1. Quia eſt planè divinatoria. 2. Quia eſt dura atque duplicem deſiderat ſubauditionem eamque ſatis duram; unam in voce *Curatoribus*: Alteram in voce *ſuis*: Cum tamen veriſimile non ſit Modeſtinum JCtum prudentiſſimum tot. ſubauditionibus legem ſuam obnoxiam relinquere voluiſſe.

Tertiò Accurſius reſpondet Modeſtinum in *d. l.* 101. loqui de puberis obliga-

tione

tione tantum naturali non de civili & ad actionem efficaci.

Sed nec hæc ſubſiſtere poteſt reſponſio. 1. Quia verbum *obligari* in dubio de civili obligatione accipitur, non ſolum quia in dubio ſemper verbum in potentiori ſignificatione accipitur, *arg l. 10. ff. de ſtatu hom.* ſed etiam quia obligatio civilis propriè eſt obligatio: Naturalis verò minus propriè, *arg. §. 1. I. de obligat.* 2. Quia quotiens JCti ſignificare volunt obligationem naturalem, id exprimere ſolent, *l. ſervi. 14. de O. & Act. l. 3. de Condict. indeb.*

3. Quia ex ſtipulatione, de qua *in d. l. 101. de V. O.* Modeſtinus loquitur, civilis naſcitur obligatio, utpotè ex contractu origine & forma civili.

Quartò Hugo Donellus reſpondet: Hoc verbum ſuis eſſe ambiguum & in *d l. 3.* non de illis tutoribus, quos ex jure habent, ſed de iis, quos ex jure habere debuerint minores intelligendum eſſe abuſivè ſcilicet & ἀναφορικῶς relatione nimirum facta ad id non quod factum eſt, ſed quod fieri debuit, ut ſenſus legis ſit, puberes obligari poſſe ſine curatoribus ſuis, id eſt iis, quos propter ætatem jure habere poſſunt & debent.

Quæ tamen & ipſa ſolutio propterea

Digitized by Google

rejicitur quod non modò ſit divinatoria, ſed eandem quoque refellat particula *ſuis* quæ ſatis arguit JCtum loqui de puberibus, qui habent ſuos curatores; cum puberum curatores non rectè dicantur illi, qui puberibus dati non ſunt. Nec obligari ſine curatoribus ſuis rectè dicantur illi, qui curatores non habent, cum pronomen illud *ſuis* ſit poſſeſſivæ ſignificationis & præſupponat aliquem, qui, ut ita loquar, poſſidet h. e. habet curatores.

Quapropter, hiſce reſponſionibus ordine rejectis, reſpondendum exiſtimo cũ Johanne Roberto JCtum Modeſtinum *in d.l.101.* non ſimpliciter & abſolutè dicere, puberes ſine curatoribus ſuis obligari, ſed addidiſſe, *poſſe obligar.* ut hinc intelligatur, non quidem Regulariter puberes obligari, ſed certis duntaxat quibuſdam caſibus, quorum primus ſit, ſi rem ſuam meliorem fecerint: quoniam cum hoc caſu pupillus ſine tutoris authoritate obligetur, multo magis pubes obligari debeat. 2. Si perſonam duntaxat ſuam, non etiam unà & conſequenter res ſuas obliget. Ut accidit quando Sponſalia & nuptias contrahunt. *l 20.ff. de Rit. Nupt. l.8. C. de Nupt.*

Ad ſecundum ℞. Ex contractu quidem Perſonam puberis obligari & obſtringi, ſed

ſed ad rem aliquam dandam vel aliquid faciendum: Unde & ſupra demonſtratum fuit, obligandi & contrahendi jus ad bonorum adminiſtrationem curatori commiſſam & puberi ademptam ſpectare. Ut taceam quod ex contractu rerum inducatur alienatio; quæ quotiens prohibetur, ea quoque prohibita intelliguntur, per quæ ad alienationem perveniri poteſt.

Ad tertium ℞. contractum nuptiarum & ſponſaliorum excipi propterea, quod in eo non de rebus extra perſonas poſitis agitur, ſed de ſola perſonarum conjunctione, *arg. pr. I. de patr. pot.* Obligationes verò cæterorum cōtractuum non ad vinculum ſoli perſonæ injiciendum, ſed ad dandum vel faciendum h. e. ad diminuendum debitori & augendum creditori patrimonium ſpectant.

Ad quartum ℞. In *l. ait Prætor. §. 2. ff. de minoribus* non proponi minorem ſine curatoris ſui conſenſu pecuniam ſolviſſe: Nec etiam proponi minorem ſolventem habuiſſe creditorem: ſed potius quod curatorem non habuerit eo apertè demonſtrari quod JCtus conſilium debitori ſuppeditet, ut minori ſoluturus adeat prætorem, eumque roget, ut minori cura-

ratorem det, quo adhibito, liberetur per ſolutionem. Tantùm igitur abeſt, ut in hoc reſponſo doceatur curatorem habenti ſine illo rectè ſolvi, ut demonſtretùr potius curatore opus eſſe, idque imprimis urgeat. *l. Sancimus, C. de admin. tut.* Nec obſtat quicquam quod in ea l. dicitur minori ſuccurri per in integrum reſtitutionem, ſi pecuniam illam perdiderit. Quoniam tutoris vel curatoris auctoritas interveniens auxilium in integrum reſtitutionis non aufert, *tot. tit. C. ſi tutor. vel curat. interven.* Et ſanè textus *d.* §. 2. non loquitur abſolutè & tantùm de minore curatorem habente; ſed diſtinguit deinceps generalitatem propoſitionis. Adhæc non dicitur ibidem debitorem rectè & cum effectu ſolvere minori; ſed dicitur debitorem non compelli ſolvere verùm, ſi velit poſſe ſolvere, ſuo ſcilicet periculo, ut etiam de pupillo conſtitutum legimus *in l. 15 ff. de ſolut.*

Ad quintum reſp. in *l. Nam & poſteaquam* 9 §. 4. *de jurejur.* non proponi minorem, qui alii jusjurandum litis deciſorium detulit habuiſſe curatorem: Quod, etſi quidam ex eo probari exiſtiment, quod minor ſine curatore in judicio ſtare nō poſſit, §. *Item inviti. I. de curat. tot. tit. C. qui legit. perſ.* ac conſequenter juramentum litis

deciſorum judiciale deferre nequeat: Nõdum tamẽ probatũ eſt à diſſentientibus, quod *d.* §. *2.* de judiciali loquatur juramẽto, nec ratio ulla prohibet eum §. *de* extrajudiciali & voluntario juramento accipi. Et poſito eo, quod *in* §. *2.* de judiciali agatur juramento, tamen vel hoc probabit curatorẽ à minore adhibitum ejuſq; cõſenſu juramentũ delatum eſſe, *arg. d.* §. *Itẽ inv. & d. tit. C. qui leg. perſ.* Poſtremò obſervandũ eſt *in d. l. Nam poſteaquam*, §. *4 ut & in præcedenti, l. Ait Prætor.* §. *2. ff. de minorib.* non agi de obligando minore, ſed de liberãdo debitore minoris; ſolutio autẽ longè favorabilior eſt obligatione, & ad liberandum ſemper favorabiliores ſunt leges, quã ad obligationẽ, *l. Arrian. ff de O. & A.*

Ad ſextũ ℞. Nihil penitus *d. l* *1.* §. *fuit. ff ad SC. Treb* ad rẽ facere quia minor reſtituẽs hereditatẽ & in alium transferens non ſe obligat. Et licet videatur minor hereditatẽ alii ex fidei commiſſo reſtituens alienare eã: Tamẽ quia nihil de ſuo quicquã transfert, nec in eo conditionẽ ſuã deteriorẽ reddit, ſecus atq; tunc quando res ſuas proprias alienat, aut ad eas transferendas ac diminuendas alteri ſe obligat; ideo hoc caſu facilius obligatur.

Ad ſeptimum ℞. Negando conſequen-

tiam, quia non ſequitur, quod ſi curatoris auctoritas inutilis ſit pupillo ad obligationem hereditatis ſuſcipiendam, etiam puberi ſit inutilis. Nam ideo pupillo eſt inutilis, quia habet tutores aut habere debet, à quibus regatur ea ætas, & qui auctores fieri poſſint. Contraria verò de cauſa puberibus curatorum auctoritas utilis ſit, quia hi ſolùm à curatoribus regantur, non etiam à tutoribus, ut proinde horum auctoritatem deſiderare, tanquam neceſſariam, ſit ridiculum.

Adde & hoc quod in *d. §. fin. l. cum in una de appellat.* JCtus agat de curatore ad litem, non etiam ad bona dato: Cùm itaque curator ad litem datus non attingat ad rerum adminiſtrationem; ut qui ad certum & unicum hoc litis negocium ſit datus *§. datus I de excuſat. tut.* ideo mirum non eſt, quod ad adeundam hereditatem inutilis ſit iſte curator: Alioquin ad hereditatem adeundam puberi neceſſarium eſſe conſenſum curatoris probat *l. 1. C ſi tutor. vel. curat. interven.*

Ad octavum ℞. Ut ex ſtipulatione, vel alio quopiam contractu obligatio ſubſiſtat, non ſatis eſſe, ut qui contrahit, per naturam conſentire poſſit; Sic enim mulier, etſi juris Romani particeps ſit & conſen-

ſentire queat, non tamen, pro alio intercedens, obligatur, *tot. tit. ad SC. Vellejan.* Verùm, ut aliquis contrahere ac contrahendo ſe obligare poſſit, requiritur inſuper, ut bonorum adminiſtrationem habeat liberam, & ut in alienanda atque obliganda bona ſua conſentire queat. Quin & ſi quid hoc argumentum concluderet, evinceret quoque pupillum pubertati proximum qui & ipſe conſentire poteſt, & intelligit quid agat, *§ pen. I. de obligat. quæ ex delict.* ex pacto ſine curatore obligari, quod tamen ex omnium Dd. ſententia falſum & abſurdum eſt.

Ad nonum ℞. Minoris quidem perſonam per ſe ſatis eſſe integram & legitimam ad contrahendum, adeò ut ex omnium interpretnm ſententia curatorem non habens ex promiſſione ſua efficaciter obligetur: Verùm poſtquam curatorem accepit, ad contrahendum non amplius integram & legitimam intelligitur habere perſonam idcirco legitimanda eſt conſenſu curatoris.

Ad decimum ℞. Argumentum hoc à patre ad curatorem non procedere; nec ſequi, pubes poteſt contrahere ſine conſenſu patris. Ergo etiam ſine conſenſu curatoris contrahere poteſt. Patria ſiquidem

Digitized by Google

poteſtas ad hoc non eſt introducta, ut inſtar curæ vel tutelæ adminiſtratione negociorum intercedat.

Ad undecimum reſp.| Quod pubes ſine curatoris conſenſu poſſit teſtamentum facere atque in eo de univerſis bonis ſuis diſponere, id ſingulari favore teſtamenti & ultimarum voluntatum eſſe receptum, ac proinde ad conſequentiam minimè extendendum.

Ad duodecimum R. in *d. l. obligari*, JCtū non ſimpliciter de minore patrefam. h. e. patria poteſtate liberato & ſui juris exiſtente, loqui, ſed de pubere *patrefam. ſuæ poteſtatis*: His igitur verbis *ſuæ poteſtatis* ſignificatur is, qui neque ſub tutela amplius, nec ſub cura eſt: uti hæc eadem verba capiuntur, *in l. 7. §. Adeò, ff. quibus ex cauſ. in poſſ. eatur. l. 1. ff. de curat. furioſ. §. Non tamen, I. quib. mod. teſtam. infirm.* Et ſi hæc verba *ſuæ poteſtatis* nihil aliud ſignificarent quā puberem ſui juris, tunc, quia nullus Paterfam. eſt qui non ſui eſt juris; nec quiſquam ſui juris, qui non ſit paterfam. bis idem in *d. l. 43.* diceretur & manifeſta tautologia committeretur, ac perinde eſſet, ac ſi JCtus dixiſſet *obligari poteſt Paterfam. ſui juris vel is, qui ſui juris ſui eſt juris.*

Quæstio XI.

An Ebrius poſſit paciſci, & ex pactione obligetur?

QUartò paciſci & ex pactione obligari nequeuut *Ebrii*, qui ſcilicet ad mentis uſque alienationem inebriati ſunt, ſic ut non intelligant, quid agant: Hi enim furioſis & mente captis comparantur, *in cap. 14. de Vita Clericorum.* Ubi Innocentius Tertius Papa: *A crapula & ebrietate*, inquit, *omnes Clerici diligenter abſtineant: Vnde vinum ſibi temperent & ſe vino: Nec ad bibendum quiſquam incitetur, cùm ebrietas & mentis inducat exilium & libidinis provocet incentivum:* Hinc & Plutarchus *ſpeciem furoris ebrietatem appellat.* Quare ſicut furioſi nequeunt paciſci, ita nec ebrii.

2. Accedit quod ad pactionem conſenſus requiratur paciſcentium, *l. 1. de pact.* Ebrii verò, qui mente animique judicio deſtituuntur, *d. c. 14.* conſentire nequeant. Quare nec paciſci poſſunt. Atq; hâc ipſam ob cauſam nec delinquere, aut ex delicto obligari queunt, *can. 8. cauſ. 15. q. 2.* Ibi D. Ambroſius: *Sanè diſcimus vitandam ebrietatẽ, per quã crimina cavere nõ poſſumus.*

Nam

Nam quæ ſobrii cavemus, per ebrietatem ignorantes committimus. Neſciunt quid loquantur, qui nimio vino indulgent, jacent ſepulti: Ideoque ſi qua per vinum deliquerint apud ſapientes judices venia quidem facta donantur; ſed levitatis damnantur authores.

Et quanquam Hieronymus Treutlerus *in diſput. de pact. theſi.* 5. *lit. A.* exiſtimet cum Andrea Geilio 2. *obſervat.* 110. *n.* 23. *& ſequent.* diſtinguendum inter ebrium & ebrioſum, h. e. inter eum, qui non ex propoſito & de induſtria, ſed vini ignoratâ vi deceptus inebriatur; Atque inter eum, qui ex habitu & conſuetudine ſciens prudens inebriatur; ut ille quidem paciſci nequeat, nec ex pactione obligetur: Ille verò obligetur & paciſci poſſit.

Tamen ut diſtinctio hæc forſan procedat in delicto ab ebrio admiſſo (de quo tamen & ipſo valde dubito, quia animus & voluntas delinquēdi delicta diſcernit, *l.* 1. *§.* 3. *ff. de L. Corn. de ſicar.* At ebrius non habet animum & voluntatem delinquēdi, *l.* 11. *§.* 2. *ff. de pœn. & d. c. ſane* 8. *c.* 15. *q.* 2.) In pacto tamen ab ipſo locum non habet: Siquidem ebrioſus, qui ex habitu ſe inebriat, non magis conſentire poteſt, atque ebrius; Immò furioſo ſimilior eſt quàm ebrius.

Non

Non obſtat quod neminem rei illicitæ vacantem ſua excuſare debeat improbitas, *l. 203. de R. Iur. l. 15. ff. ſi quis omiſſ. cauſ.* Patrocinaretur autem ebrioſo ipſius improbitas eumque excuſaret, ſi propterea, quod ebrius fuerit pactus, non obligetur.

Reſp. Committitur enim fallacia cauſæ: quia non propterea non obligatur pacto, quia improbitas ipſum excuſare, eidemque patrocinari debeat; ſed quia conſenſus, qui ad omne deſideratur pactum, deficit. Improbitatem verò ejus & malitiam adeò ipſi non prodeſſe exiſtimamus, ut eam quoque pœnis vindicandam judicemus ſecundum *d. cap. ſane.*

Quæstio XII.

An advocatus cum cliente de quota litis paciſci queat?

DIctum eſt de his qui paciſci poſſunt vel non poſſunt; ſequitur, ut videamus cum quibus pactio fieri poſſit, vel non: Circa quam quæſtionem eadem regula quæ in præcedenti obſervanda, ut cum omnibus valeat pactio, cum quibus ea non interdicta reperitur: Ex illorum verò cum quibus paciſci non licet, numero eſt cliens; Cum hoc enim advocato de quota

Digitized by Google

quota litis interdicta eſt pactio. De quota litis paciſci dicitur advocatus, cum cliente, quando de certa parte ejus pecuniæ, quæ adjudicata fuerit, vel majori aliqua ſumma in eventum litis ſibi præſtanda cum cliente paciſcitur, ſic ut ſi vicerit advocatus & ſuperior in lite evaſerit, tunc partem iſtam ſummæ vel rei litigioſæ ferat; ſin verò ſuccubuerit tum advocatus nihil accipiat: Hæc pactio jure improbatur, ut turpis & bonis moribus contraria: Sic enim Ulpianus *in l. 53. ff. de pact. Sumptus quidem prorogare litiganti honeſtum eſt: Paciſci autem, ut non quantitas eo nomine expenſa, cum uſuris licitis, reſtituatur, ſed pars dimidia ejus, quod ex ea lite datum erit, non licet:* ſenſus eſt procuratorem vel advocatum clientis ſui aut domini litigantis nomine ſumptus de ſuo in litem erogare, h. e. numerare, eoſque ſumptus unà cum uſuris licitis ſibi reſtitui ſtipulari, vel paciſci poſſe. Quod ſi verò partem dimidiam ejus, quod ex ea lite datum erit pactus fuerit, pactum iniquum cenſeri. Idem quoque confirmat Conſtantinus Imperator *in l. ſi qui. 5. C. de poſtulando* Ubi in hæc verba ſcribit: *Si qui advocatorum exiſtima-*

ſtimationi ſuæ immenſa atque illicita compendia prætuliſſe ſub nomine honorariorum ex ipſis negociis, quæ tuenda ſuſceperint, emolumenta ſibi certæ partis cum gravi damno litigatoris & depredatione poſcentes fuerint inventi: placuit, ut omnes qui in hujusmodi ſævitate permanſerint ab hac profeſſione penitus arceantur. Itemque Dioclet. & Maximin. *in l. 20. C. mandati: Si contra licitum litis incertum redemiſti, interdicta conventionis tibi fidem impleri fruſtra petis.* Idemque Imperatores *in l. Litem. 15. C de procurator. Litem te redemiſſe contra bonos mores precibus manifeſtè profeſſus es, cum procurationem quidem ſuſcipere, quod officium gratuitum eſſe debet, non ſit res illicita, hujusmodi verò officia non ſine reprehenſione ſuſcipiuntur,* poſtremò *in l. 6. §. fin. ff. mandati.* Ulpianus idem planè confirmat, improbans pactionem advocatorum, qua ſibi ex eventu litis certam quantitatem dari paciſcuntur, litemque hoc modo redimunt. Ex his itaque univerſis atque ſingulis perſpicuè relucere videtur, pactum inter advocatum & clientem de quota litis, vel de certa pecuniæ ſumma in incertum litis eventum non valere; ſed ut turpè & bonis moribus contrarium improbari. At videbatur dicendum hujuſmodi pa-

ctio-

ctionem nec turpem eſſe, nec bonis moribus aut æquitati contrariam: Nam cum in utramque partem par ratio dubii eventus, ſive in illum eventum fiat pactũ, neuter lædi videbitur, *l.1. C. de pact. l. de fideicommiſſo 11. C. de tranſact. l. ſi pater 12. C. de inoffic. teſtam*: Atqui litis eventus ſemper dubius & incertus eſt, *l.1. ff. de tranſact. l.65. §. 1. de condict. indeb. l. 51. de pecul.* Ergo tam facile eſt, ut pactum de quota litis à procuratore vel advocato factum ei noceat, quàm ut proſit. Quid enim ſi lis amiſſa fuerit & advocatus ſuccubuerit? Annon erit commodum clienti quod ejuſmodi pactione liberatus eſt à ſalario præſtando advocato, quod etiam amiſſa lite præſtare cogeretur? Accedit quod hæc ſit quaſi quædam periculi emptio, quæ paſſim jure civili comprobatur, *l. 5 ff. de Naut. fœn.*

Verùm enim vero ratio cur hujuſmodi pactum improbetur obſcura non eſt, quod nempe procurator, ſeu advocatus, qui hac lege accedit ad cauſam agendam, ſi pactio ei ſervatur, ſpe majoris lucri quidvis facturus ſit, quo adverſarium vincat; adeoque pactio hujuſmodi cauſidicis calumnioſè litigandi occaſionem præbeat & iis artibus ac Strophis veritatem oppugnandi, quas homines in

ſoro

foro ac litibus triti, ut ait Plinius vel nolentes ediſcunt. Quoties enim ſpes aliqua uberioris quæſtus certa ipſis oſtenditur:

Tunc immenſa cavi ſpirant mendacia folles, &c.

Quanquam itaque aliâs periculi emptio jure ſubſiſtat & pactum in dubium & eventum incertum valeat: Hîc tamen pactio non valet, quia turpis eſt, bonis moribus contraria, & peccandi occaſionem præbet.

Cæterùm cum *in d.l. 53. ff. de pact.* expreſsè atque nominatim pactio de dimidia parte rei litigioſæ improbetur; quæſtio eſt ſi procurator ex eventu litis, minorem partem ſibi præſtari pactus ſit, veluti tertiam, quartam, quintam, an conventio tunc jure ſubſiſtat, an verò æque jure improbetur? Et videtur dicendum conventionem ſubſiſtere, quoniam *in d.l. 53.* ſaltem illa conventio improbatur, quæ eſt de dimidia litis: Sed tamen verius eſt, ne quidem de minori quàm dimidia parte conventionem advocati cum cliente valere. Nam *in d.l. 6. §. fin. ff. mandati* generaliter improbatur conventio, qua quis ex eventu litis certam quantitatem paciſcitur. Et *in l. 1. §. ſi cui ff. de extraordin. cognit.* gene-

generaliter improbatur conventio, quæ litis cauſa pollicetur emolumenti ſocietatem: At is non minus admittitur in ſocietatem emolumenti, qui partem tertiam, quartam, quintam paciſcitur, quàm qui paciſcitur dimidiam. Ergo & æqualiter pactio hæc improbatur. Idem efficitur, *l. 20. C. mandati.* Ubi generaliter reprehenditur conventio, ſi quis incertum litis redimit, id eſt, incertum emolumentum, ſeu incertam partem emolumenti, quod ex lite, id eſt, ex victoria litis provenit. Accedit denique quod eadem ratio, quæ locum habet in eo pacto, quod fit de dimidia parte, obtinet in ea pactione, quæ de minore parte litis fit: quoniam & tali pactione invitantur advocati ad delinquendum & litem calumnioſè proſequendam. Nec obſtat, quod *in d. l. 53.* in ſpecie illa ſolum pactio improbetur, quæ fit de dimidia litis. Illic enim fit mentio dimidiæ partis, non quod de alia quota liceat paciſci, ſed quia iſta verba important contingentiam facti; Vel, quia JCtus loquitur demonſtrativè & verba rediguntur ad frequentiam & non ad præciſam deciſionem,

nem, *arg. l. Nam ad ea. ff. de legib.* Qualitas enim adjecta nomini ſub demonſtratione, non determinat, nec limitat, nec præcidit nomen, ut notat Udalricus Zaſius *in d. l. 53.* Idem quod hactenus de quota & parte litis dictum, de certæ pecuniæ quantitate in eventum bonum litis dicendum, arguit *l. 7. in fine. ff. mandat.* cum & in ea eadem ratio, ob quam pactum de quota litis improbatur, obtineat.

Aliud verò dicendum ſi procurator, vel advocatus paciſcatur ſimpliciter de certa quantitate, nullo habito reſpectu ad litem, id eſt, neque ad rem litigioſam neque ad eventum litis; quoniam hîc ſuperior ratio apertè deficit. Poſtremò etſi ante cauſam & litem peractam non valeat pactio cum cliente; poſt litem tamen peractam ſubſiſtere pactionem de quota litis indubitatum eſt, quoniam ſcilicet & hîc ratio prohibitionis deficit. Et hoc etiam Ulpianus diſertè ſcribit *in l. 1. §. 12. ff. de extraord. cognit. Litis*, inquiens, *cauſa malo more pecuniam tibi promiſſam ipſe quoque profiteris; ſed hoc ita jus eſt, ſi ſuſpenſa lite ſocietatem futuri emolumenti cautio pollicetur: Si verò poſt cauſam actam cauta eſt honoraria*

Digitized by Google

raria ſumma, peti poterit usque ad probabilem quantitatem, etſi nomine palmarii, hoc eſt, propter palmam partam & victoriam obtentam cautum ſit.

QUÆSTIO XIII.

An cum latrone, pirata ac prædone paciſci liceat, & pactio cum illis inita obligatoria ſit?

NEgant Johann. Bodin. *in tr. de Republ. lib.1,c,1.* Alberic. Gentil. *in tr. de jure belli lib. c.* Contendentes cum prædone ac latrone pactum initum non eſſe obligatorium, ſed impunè violari poſſe: Moventur autem his argumentis.

1. Latronum, inquiunt, ac piratarum cœtus à Republica procul arceri debet, nec ullam cum ipſis ſocietatem & communionem habere convenit; Quapropter nec cum illis paciſci, nec contrahere permittitur: Nec pactio cum iis inita ſervari debet.

2. Teſtatur deinde M. Tullius Cicero *lib.3. de offic.* Non teneri quenquam Latroni ac prædoni precium pro capite promiſſum ſolvere, etſi juratò promiſerit.

3. Et ſanè iniquum videtur conditionem latronum non deteriorem eſſe quã hoſtium, ipſiſque, ut hoſtibus, fidem datam ſervari oportere: quoniam latrones ac

ac prædones conſpirant in everſionem Reipublicæ. Hoſtes verò legitimi Rempublicam Legibus ac iuregentium communi moderantur: Unde etiam captus à latronibus libertatem retinet, teſtamentum condit omneſque actus legitimos obire poteſt, *l.1.ff.de legat.2.* Cùm in capto ab hoſtibus omnia ſecus ſe habeant, *l. Ejus qui à latronibus, ff. de teſtam.*

4. Ad hæc jure permiſſum eſt latronem propria authoritate necare, atque è medio tollere. Ergo multò magis permiſſum cenſetur fidem ipſi non ſervare, promiſſum non præſtare.

5. Denique non eſt dignus legum auxilio, qui legum everſionem molitur, *l. Auxilium, 37. ff de Minor.* Atqui latrones prædones ac piratæ legum ac Rerumpub. everſionem moliuntur: Ergo legum auxilio non ſunt digni.

Hinc itaque omninò concludendum videtur, Latronibus, prædonibus ac piratis pactum ſervari non debere: Sed tamen his argumentis alii minimè moti concludunt ac ſtatuunt, pactum cum latrone ac prædone initum, modò bonis moribus ac legibus non refragetur, firmiter ſervandum ac inviolabiliter cuſtodiendum eſſe.

M 1. Quia

1. Quia juſtitiæ officium & munus eſt, ut ſuum *cuiq;* tribuat, *l.10.ff.de juſtit & jure pr.I. eod* Quod ſi autem juſticia *cuiq;* ſuum tribuit, conſequens eſt, ut etiam latroni ac prædoni tribuat ſuum: Niſi forſan hi alicubi excepti reperiantur: At nullibi leguntur excepti.

2. Quia prædoni etiam de re quam ſurripuit depoſitâ datur actio depoſiti. Sic enim JCtus Ulpianus *in l.1. §.ſi prædo, 39.ff.depoſiti. Si prædo,*ait *vel fur depoſuerint & hos Marcellus, lib.6 Dig.putat rectè depoſiti acturos: Nam intereſt eorum eo quòd teneantur.* Et in *l.31. §.1.ff. eod.* Triphoninus JCtus disertè ſcribit: Si prædo ſpolium apud alium depoſitum actione depoſiti repetat, reſtituendum ei, niſi forſan dominus illius rei eandem vindicet. Itemque in *l.64.ff.de judic.* dicitur prædoni actionem depoſiti & commodati competere; idque dubium non habere. Et de rei ſurreptæ aliique oppignoratæ fructibus actionem pignoraticiam dari prædoni, aſſeritur in *l.22 §.2.ff.de pign. act* Poſtremò de re commodata actionem commodati dari in *l. Ita ut. 16.ff. Commodati* confirmatur.

Nec obſtat, quod reſpondet Bodinus: Quando in locis adductis dicitur, competere

petere actionem pignoraticiam, depoſiti & commodati de ſpolio apud alium depoſito, vel alii oppignerato aut commodato, non tam prædonum ac latronum gratia id fieri, quo fides ipſis data ſervetur, quàm ut ab illis pœnæ exigantur, qui depoſitum, pignus & commodatum ejurarunt & reſtituere detrectant: Deinceps idcirco præcitatis in locis depoſitum, pignus, commodatum reddi juberi prædoni, quia prædonum qui vel vocati, vel invocati in jus veniunt & magiſtratuum imperia ſponte ſubeunt, rationem in judiciis haberi æquum eſt, cum jam eo ipſo deſierint eſſe latrones.

℞. Hoc inquam ad rem non facit: Nullo enim penitus juris loco, nec ulla juris ratione fidem hujus reſponſionis ſuæ nobis facit Bodinus: Deinde negatur, quod depoſitum pignus, vel commodatum prædoni ſit reſtituendum in pœnam depoſitarii commodatarii & creditoris rem depoſitam, commodatam, vel pignoratam non reſtituentium: Nam ſi jure hi non tenentur ſervare contractum, nec exinde ad reſtitutionem rei obligantur, jure faciunt eam non reſtituentes; ac conſequenter nihil delinquunt, nec ullam pœnam merentur.

Quocirca falſum eſt idcirco latroni pignus, depoſitum aut commodatum reſtitui, quo pœna ab illis ſumatur, qui non reſtituunt. Quòd ſi porrò idcirco Bodinus depoſitum prædonibus reſtituendum putat, quia judicio ſe ſiſtentes legibus, magiſtratui ac judiciis ſeſe ſubmittunt; & eo ipſo deſinunt eſſe prædones, cur non eadem quoque ratione concedit Bodinus, eos quoque quibus cum illi cõtrahunt, obligari ad reſtituendum? Quãdoquidem latrones ſecundùm leges de re licita paciſcentes juri ſe legibusque ſubmittunt adeoque hoc ipſo deſinunt eſſe latrones.

3. Cum illis rectè pactio initur, cum quibus conventionem fieri non prohibetur, *arg. l. Ex eo 18. ff. de teſtibus, l. 7. § At prætor, ff. de pact.* Atqui cum prædonibus ac latronibus nullibi paciſci & contrahere prohibetur. Cum illis itaque pactio valebit.

4. Quicunque juris gentium habent communionem illis pacta ſervari debẽt, quia naturali æquitati conveniens eſt, ut pacta ſerventur, *l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de conſtituta pecun.* Et nihil magis æquitati naturali contrarium eſt, quam locupletari cũ jactura & detrimento alterius, *l. 206. de R. Iur.*

Iur. Atqui latrones habent communionem juris gentium, *arg.* §. 4 *I de lege Aquil.* Ergo illis pacta ſervari debent.

Solutio contrariorum.

Ad primum ℞. Cū prædonibus, piratis ac Latronibus, quatenus talibus, hoc eſt, quatenus Reipubl. interitum moliuntur, nullam debere eſſe ſocietatem, nullam communionem: Quatenus verò de re licita, modo licito ac legibus conceſſo paciſcuntur, non amplius eſſe latrones, vel ex ipſius Bodini ſententia; quandoquidem hactenus juri ac legibus ſeſe ſubmittunt: proinde eatenus cum ipſis communionem habere & converſari nullam prohibere legem, nec ullam rationem vetare.

Ad ſecundum ℞. Diſtinguendo: Nam latrones ac prædones aut paciſcuntur de re licita ſecundum præſcriptum legum, aut paciſcuntur contra leges, contraque bonos mores: Si prius, pacta ſervari oportet, cùm hactenus non amplius conſiderentur, ut prædones; ſed ut viri boni eo quod ſe legibus & magiſtratui ſubmittunt: Sin verò poſterius, tum pactum nullum eſt, nec ſervari debet; non quia prædones ſunt, qui contraxerũt; ſed quia ſalias pacta contra leges & contra bonos mores

res facta ac vi, dolo metuvè extorta negat prætor ſe ſervaturum, *l. 7. §. ait prætor. ff. de pact.* proindè pactum de precio pro capite latroni ſolvendo non valet, quia contra bonos mores eſt, & legibus adverſatur atque vi metuvè extortum eſt; de quo plenius ac pluribus in ſequenti quæſtione.

Ad tertium ℟. Nos minimè inficiari, quod aliquod conſtitui debeat inter prædones & hoſtes legitimos diſcrimen, ut & inter captos à latronibus & captos ab hoſtibus, quodque deterioris conditionis debeant eſſe prædones quàm hoſtes: Verùm id in aliquibus duntaxat procedit, non in omnibus. In præſenti ſanè cõtroverſia locum non obtinet: Siquidem non minus prædones, quàm hoſtes communionem jurisgentium habent, à quo jure illud dependet, ut pacta ſerventur, fides data non violetur ipſisque ſuum tribuatur, ac reſtituatur, *d. l. 1. de pact. d. l. 1. de pecun. conſtituta.*

Ad quartum ℟. Illud procedere à ſeparatis; adeoque nihil concludere. Aliud quippe eſt occidere poſſe latronem, & aliud fidem ei datam frangere & pactum cum eo initum non obſervare. Cum & hoſti legitimo, cum quo bellum geritur quique impunè occidi poteſt, fides data ſervanda

vanda eſt, ut dicemus infrà *in q.15.* Quocirca latronem occidere permiſſum eſt, re adhuc integrâ, fideque nondum data; ſed ubi ſemel fides data eſt, interficiendi facultas amiſſa eſt. Quin etiam latronem inſidiantem, ita demum aliquis impunè interficere poteſt, cum aliter periculum effugere nequit, uti expreſsè reſpondet Imperator in *§.injuria.2 l.de L.Aquil.*

Ad poſtremum reſpondetur ſuperiori diſtinctione: Si enim de rebus licitis prædones nobiſcum paciſcuntur, tum, quatenus hoc faciunt, dici non poſſunt everſionem legum quærere, cum ſeſe hactenus legibus ſubmittant, proinde etiam auxilium legum ipſis hactenus denegari non debet.

QUÆSTIO XIV.

An pactum, quo latroni pro capite precium promittitur, ſervandum ſit, maximè ſi juratum fuerit?

CUM igitur ex hactenus dictis, liquidò conſtet, pactum cum prædone initum ſervandum eſſe, quæritur porrò ab Interpp. quid de illo pacto quo quis juratò promittit prædoni pro ſui liberatione precium, ſtatuendum ſit; an valeat; an verò ab eo impunè recedi queat? plærique

que Theologi, ut & Politici in ea ſunt ſententia, *pactum hujusmodi, ſi juratum ſit, ſeu juramento confirmatum, ſervandum eſſe.* Cujus opinionis hæc ſunt fundamenta.

1. Generale, inquiunt, præceptum eſt Dei: *Non uſurpabis nomen domini Dei tui temerè ſeu fruſtrà*: Cui præcepto videtur omninò conſequens, ut quod juratum eſt, præſtari debeat: Sic enim fiet, ne fruſtrà ſit juratum.

2. Præterea in *Pſalmo 50.* jubemur reddere Domino Deo vota noſtra.

3. Et in *Pſalmo 15.* inter cæteras notas viri boni & juſti, ex præſcripto & mente divinæ legis & hæc recenſetur, ut ſit is, qui jurat damno ſuo & non mutat.

4. Et ſanè, quamvis latro ex hujuſmodi juramento adeoque ex improbitate ſua actionem non conſequatur adverſus illum, quem vi coegit ad jurandum ac promittendum, *l. 12. §. 1. ff. de furt.* atque ita reſpectu ipſius prædonis promiſſor non ſit ad quicquam ſolvendum obligatus: Tamen cum ex jurejurando obligatio primaria Deo, ſecundaria ſaltem parti adquiratur, *c. magna, extr. de doto.* Ideo obligatione adſtringetur jurans Deo, ut ab eo vinculo non poſſit jure humano abſolvi & liberari.

5. Nec

5. Nec certè Chriſtiano homini charior debet eſſe pecunia, quàm nomen Dei, nec minoris æſtimari oportet animæ ſalutem, quàm bona caduca ac præſentis vitæ opes: Neque fragilium bonorum cauſa Deus verax, falſi ſuffragator & adumbrator conſtitui debet: Neque pecuniam vel vitam perjurio redimere convenit, ſed hiſce omnibus juramenti religio potior haberi debet.

6. Unde etiam jure Canonico jubetur omne juramentum, quod non vergit in æternæ ſalutis diſpendium, nec in alterius redundat detrimentum, religiosè ſervari, *c. quamvis, de pact. in ſext. c. Licet mulieres. 2. de jurejur. in ſext. C. cum contingat extr. eod.*

7. Atque hûc etiam facere videtur, quod quicquid promittitur & præſtari juratur, illud etiam rectè ſervetur: Atqui rectè & licitè precium jurejurando promittitur, cum etiam ſine jurejurando quiſque de re ſua licitè poſſit ſtatuere, *l. in re mandata, C. mandat.* Igitur etiam juramentum de precio latroni pro capite promiſſo rectè & jure ſervatur.

8. Accedit quod ipſum videatur haut obſcurè confirmari textibus juris noſtri civilis. Nam in *l. 1. C. ſi advers. vendit.* Alexan-

xander Imperator Florentino milite in hæc verba reſcripſit : *Si minor annis viginti quinq; emptori prædii cavisti nullam de cætero controverſiam facturum, idq; etiam jurejurando, corporaliter præſtito, confirmaſti, neq; perfidiæ neq; perjurio me auctorem futurum ſperare debuiſti.* Et in *Authent. Sacramenta puberum eod. tit.* Fridericus Imperator ita ſcribit: *Sacramenta puberum ſponte facta ſuper contractibus rerum ſuarum non retractandis inviolabiliter cuſtodiantur.*

9. Quin etiam hanc eandem ſententiam utilitas ipſorum, qui à latronibus capiuntur, ſuadere videtur: Etenim Latrones ubi animadverterint fidem & jusjurandum ſibi datum licitè violari poſſe, neminem è captivis dimittent, ſed quotquot ceperint aut occident, aut perpetua ac miſera ſervitute apud ſe detinebunt.

10. Hanc denique ſententiam confirmant laudabilia & ad omnem poſteritatem celebranda exempla fortiſſimorum virorum tum in ſacris, tum in prophanis hiſtoriis deſcripta & nobis ad imitationē propoſita, è quibus valde illuſtre eſt illud Joſuæ Ducis Iſraelitarum, qui cùm Gabeonitis, dolo ab ipſis circumventus, fidem dediſſet ac ſecuritatem promiſiſſet contra expreſſum Dei mandatum, *Deuter. 20. v. 16.*

20. verſ. 16. noluit tamen fidem ſemel ipſis datam, & fœdus cum ipſis initum violare *Ioſua 9.* Quod etiam cum poſtea à Saule violatum eſſet graviſſimè id ultus eſt Deus *2. Samuel 21.* Cui non abſimile eſt exemplum M. Attilii Reguli, qui cum Carthaginenſibus promiſiſſet Carthaginem reverti, voluit fidem datam ſervare etiam cum certiſſimo ac præſentiſſimo mortis periculo.

Verùm contraria ſententia quod pactum, quantumvis juratum, de precio pro capite latroni præſtandum ſervari non debeat, verior eſt atque his ſequentibus argumentis confirmatur.

1. Nam primo juramentum ſuper pacto vi extorto interpoſitum perinde, ut ipſum pactum, nullius momenti eſt, *l. 5. C. de legibus, l 7. §. 16. ff de pact. l 112. §. fin ff. de legat 2.* Et ſanè cum ipſum pactum vi extortum nullum ſit, *d. l. 7. §. ait prætor.* Non poteſt jurejurando confirmari. Cùm omne confirmans præſupponat aliquid, quod confirmet.

2. Deinde quodcunque juramentum eſt contra utilitatem Reipubl. id dubio procul nullum eſt, nec ſervari debet: Atqui tale juramentum, quod prædoni pro capite promittitur precium, eſt contra

ſalutem & utilitatem Reipubl. Ergo illud ſervari non debet.

Aſſumptio hujus argumenti exinde conſtat, quod prædo propter vim ſuaque latrocinia malè meritus dignus ſit, non qui præmium maleficii ſui accipiat, aut lucro augeatur, vel in perniciem Reipublicæ alatur, ſed potius qui egeſtate publicè laboret, prout eleganter Triphoninus in *l.31 ff. depoſiti*, diſſerit.

3. Præterea, quodcunque juramentum eſt turpe ac contra bonos mores, id ſervari non debet: Atqui juramentum, quo precium pro liberatione promittitur, eſt contra bonos mores. Ergo ſervari non debet.

Aſſumptũ inde probatur, quod prædoni tanquam prædoni, precium propter metum ac vim illatam promiſſum ſervare, ſit facto ſuo vim illam & metum ac latrocinia comprobare: At hoc turpe & contra bonos mores.

4. Quin etiam juramentum per vim aut metum extortum dicitur nullius eſſe momenti in *Authentic: Sacramenta puberum, C. ſi adverſ. vend.*

5. Et jure etiam Canonico illicita ſunt illa juramenta, quæ vi aut metu extorquentur, *C. cum contingat. de jurejurand. C. quamvis de pact. in ſext.*

6. Ac-

6. Accedit quod omne juramentum, quod eſt contra bonas leges politicas, quas condit legitimus magiſtratus, repugnet ordinationi divinæ. Siquidem magiſtratus ac bonæ leges politicæ ſunt ordinatio divina, ſicut appellantur in *c. 13. ad Roman.* Atqui jusjurandum, per vim ac metum à latrone extortum, eſt contra leges civiles, ut demonſtratum fuit ex *l. 7. §. 16. ff. de pact. l. 5. C. de legibus, l. 112. §. fin. de legat. 1.* Ergo pactum hujuſmodi eſt contra ordinationem divinam, ac conſequenter ſervari non debet.

7. His denique omnibus accedit authoritas Ciceronis, *qui lib. 3. de offic.* ita ſcribit: *Quod ita juratum eſt, ut mens deferentis conciperet fieri oportere, id obſervandum eſt; quod aliter, id ſi non facias nullum perjurium eſt, ut ſi prædonibus pactum pro capite precium non attuleris, nulla fraus eſt, etſi juratus id non feceris.*

Solutio contrariorum.

Ad primum ℞. Præceptum illud. *Non uſurpabis nomen Domini fruſtrà*, eò ſpectare ne tunc, cùm uſurpatur nomen domini, uſurpetur temerè ac fruſtrà, ut ſi juratur quid futurum, ne temerè & illicitè juretur. Ita & in propoſito ei, qui contra uti-

litatem Reipublicæ contraque bonos mores latroni promittit pro capite precium, præcipitur ne juret id, quod contra leges ac bonos mores eſt: At non eò pertinet præceptum iſtud, ut ſi quid ab initio juratum eſt illicitè, id neceſſe ſit præſtari poſtea. Quin imò id fieri potius hoc eodem præcepto prohibetur: Nam ſi eum qui illicitè juravit ſe quid præſtiturum, id agens, ut contra leges ad contra leges ad eam rem obligetur volumus tanquam obligatum id præſtare propter nomen domini ab eo uſurpatum, quid aliud volumus quàm eum in eadem temeraria nominis divini uſurpatione perſeverare adque id facto ſuo confirmare; ad quod prius illicite & contra leges præſtari voluerat?

Ad ſecundum R. Dictum iſtud *Pſalmi 50* accipiendum eſſe de votis licitis, non de illicitis: Non enim poteſt dici aliquid reddi Deo, niſi quod ille accipit: Illicita autem vota non modò non accipit Deus ſed etiam adverſatur: Jam verò votum illud, quo quis jurato promittit latroni pro capite precium, illicitum eſſe ſupra fuit abunde probatum.

Eodem modo *ad tertium* reſpondetur Dictum *Pſalmi 15*, exaudiri debere de votis

tis licitis, non de illicitis, juri divino, bonis moribus ac legibus civilibus contrariis.

Ad quartum ℟. ex juramento hoc illicito nullam Deo obligationem acquiri; ſed nec Deum ſibi juratum obligari velle; ſed omni omninò effectu deſtitui per ea, quæ paulò ante fuerunt adducta.

Ad quintum ℟. Juramenti veri & juſti religionem cuſtodiendam, etiam cum rei familiaris ac bonorum hujus mundi jactura & detrimento. Non verò illegitimi, illiciti & cum damno Reipubl. conjuncti: Hujus quippe nulla eſt religio, nec poteſt etiam bona conſcientia ſervari.

Ad ſextum reſp. Primò juramentum, de quo nunc agimus, ſervari non poſſe nec debere, cùm ſit contra bonos mores & contra leges, adeoque divinæ ordinationi repugnet, *d. c.* 13. *ad Roman.* Deinde redundare etiam in detrimentum alterius, videlicet Reipublicæ cui illud adverſari ſupra demonſtravimus: Denique non ſolùm illa juramenta non ſervari jure Canonico, quæ vergunt in æternæ ſalutis diſpendium & in alterius detrimentum redundant, ſed eitam quæ dolo, vi ac

metu

metu ſunt extorta, *d. c. quamvis, de pact. in ſext. c. licet mulieres, de jure jur. in ſext. C. cum contingat. extr. eod.* quale ſine dubio illud eſt, de quo nunc loquimur.

Ad ſeptimum ℞. Aſſumptionem ejus negando: Negamus enim rectè promitti pro capite precium latroni, cùm id fiat non modò contra leges civiles, ſed etiam contra honeſtatem ac bonos mores: Aliàs verò pactionem de re licita cum latrone interpoſitum putamus omninò ſervandam, id quod etiam prolixè demonſtratum à nobis fuit.

Ad octavum reſp. Legem primam, ut & Authenticam *Sacramenta puberum* intelligendam de contractibus jure validis; Non ſolùm quia verbum *contractus* in dubio ſumitur pro contractu valido ac legitimo; ſed etiam, quia illa *Authentica Sacramenta puberum*, loquitur de *contractibus non retractandis.* At hoc referri & accommodari non poteſt ad contractus jure invalidos. Et quod Impp. in textibus iſtis nolint ſervari juramentum vi, dolo aut metu extortum; id clariſſimè teſtantur ultima verba *d. Authentica.*

Ad nonum reſp. Si latrones animadverterint hanc viam extorquendi lucrum ſibi præcluſam eſſe, à latrociniis & de-

præda-

prædationibus deſiſtent ac deterrebuntur.

Ad decimum reſp. primò non exemplis, ſed legibus judicandum eſſe,& exempla contra leges, ac bonos mores nil quicquam valere: Præterea etiam illa exempla, quæ allegantur, nihil ad rem pertinere. Nam quod ad Joſuæ juramentum, non fuit illud contra mandatum Dei, nec fuit de re illicita. Quia illud demum juramentum illicitum ac ſervari prohibitum eſt, quod ſcitur eſſe illicitum dum juratur, *c. Innocens, §. illicitum cauſ. 22. quæſt. 4.* Joſua autem & Seniores Iſraelitici circumventi à Gabeonitis neſciverunt illos incolas eſſe è terra promiſſa, atque ex illis gentibus, de quibus loquebatur præceptum *Deuter. 20. v. 16.* Deinde, quia lex illa divina de delendis gentibus Cananæis, intelligitur de his, qui reſiſtunt Iſraelitis. Nec aliter fœdus inire volunt, niſi permittantur manere ſuæ poteſtatis ac religionis: At ſi qua gens aut incola terræ Canaan ſe ſubjiceret Iſraelitis & aſſumeret religionem Judæorum ac circũcideretur, cum tali utique licebat ita fœdus inire, ut tamen non haberet dominium in Iſrael: Et tales erant Gabeonitæ, ut de illis hiſtoria teſtatur; Idemque alia ex-

empla

xempla comprobant, quæ hinc inde in hiſtoria ſacra leguntur, ut Joſuæ 2 v 9. & ſequent. & c, 16. in fine c. 17. v. 12. & judic. 1. v. 28. Adde quod Deus potuerit circa præceptum illud de delendis gentibus *Deut.* 20. diſpenſare: Atque quoad Gabeonitas factam eſſe diſpenſationem, colligitur ex eo quod Deus initum cum illis fœdus à Joſua; Poſtea verò à Saule violatum graviter fuerit etiam in poſteris Saulis ultus 2 *Sam.* 20. Inſuper fœdus hoc cum Gabeonitis factum Deo gratum fuiſſe, inſigni miraculo teſtatus eſt. Cum & Joſua & principes Gabeonitas, tanquam confœderatos, defenderent, Deus non tantùm victoriam conceſſit, ſed & miraculosè curſum ſolis inhibuit, quò tempus ulciſcendi eſſet hoſtes Gabeonitarum *Ioſ.* 10. *v.* 13. Nec magis hûc quadrat exemplum Marci Attilii Reguli: Nam dederat is fidem & juramentum præſtiterat, non latroni, ſed hoſti legitimo ac publico: At verò hoſti fides data omninò ſervari & precium pro capite promiſſum præſtari debet, etiam juramento nullo præſtito *l.* 21. *ff. de Negoc. geſtis* quoniam vis metusvé, quem hoſtis infert eſt juregentium licitus, ſecus verò in latrone: Præterea adhuc multi ſunt qui opinantur Marcum Attilium

lium Regulum potuiſſe optimo jure in civitate manere, & Carthaginem reverſum eſſe ſponte ſua non juramenti neceſſitate coactum: Atque in ea quoque ſententia eſt D. Auguſtinus, qui *lib. 1. de Civit. Dei cap. 15.* cum factum Reguli retuliſſet quomodo videlicet Carthaginenſes juramento ipſum, (ut re infecta rediret) adſtrinxerint, ipſe autem in Senatu contrario mandatu ſuaſerit; rotundis deinde verbis fatetur Regulum poſt hanc perſuaſionem à ſuis ad hoſtes redire non fuiſſe jure compulſum, ſed quia juraverit, ſponte eum juramentum compleviſſe. Quin & Cicero qui non uno in loco factum hoc reguli, vehementer commendat, aperte fatetur, quod is retinendi officii cauſa cruciatum ſubierit voluntarium. Et ſanè cùm ad crudeles ac infeſtos D æ o s, (ut Valerius Maximus ſcribit) imò ad crudeliſſimum hoſtem & ad exquiſita ſupplicia, ut Cicero teſtatur ſeſe proficiſci Regulus non ignoraret; addecuit, ut in vitæ diſcrimina ſciens & prudens non ſe præcipitaret, cum nemo ſit membrorum ſuorum, ac vitæ DOMINUS, *l. liber homo, ff. ad L. Aquil.* Neque hujuſmodi

modi juramenta quicquam obligent, per quæ in periculum mortis quis incidit, cum ab aliis abſit comes juramenti, *diſcretio*. Neque his adverſatur lex *poſtliminii*, *ff. de capt. & poſtlim. reverſis*, ubi conjunctim à JCto proponitur, Attilium Regulum non fuiſſe poſtliminio reverſum, quia juraverit ſe reverſurum & habuerit animum emanendi. Reſp. Etenim non alia eſt in iſta lege JCti intentio, quam demonſtrare, quod ex ſolo animo revertendi jus poſtliminii dependeat; Id quod ex toto illius legis textu colligere eſt promptum: Maximè verò ſi illatio, quam JCtus facit *in verſic. Et ideò* ad ſuum antecedens quod præceſſerat, referatur. Quin & finis illius textus id ipſum manifeſtè confirmat, qui cum Menandrum quendam allegaverit in eo duntaxat animum aut remanendi, aut revertendi perpendēt. Juramenti verò illic idcirco fit mentio, non quod in eo ſe fundarit JCtus, ſed quia ita de facto evenerat.

Quapropter his ita ponderatis relinquitur veram eſſe ſententiam, quam ultimo propoſuimus, quod nempe juramentum latroni de precio pro capite ſolvendo præſtitum ſervari non debeat. Et licèt Danæus in Ethica Chriſtiana putet jura-

men-

mentum hujuſmodi ſervari debere; Sic tamen, ut Magiſtratus ſua authoritate debeat intervenire & pactionem reſcindere, ne cuiquam ſit ſuum ſcelus lucroſum; Tamen illicita juramenta, cujuſmodi & hoc eſt, de quo nunc agimus, & legibus humanis ac divinis improbata, per ſe ſunt nulla, nec ullam pariunt obligationem, & ideo nec reſciſſione, nec actione aut abſolutione indigent, *l. 5. C. de ll. & cap. cui eſt illatum, 11. q. 3. tot. tit. C. in quibus in integrum.*

QUÆSTIO XVI.

An cum hoſte pactum iniri & initum eidem ſervari debeat?

DE hac quoque quæſtione ingens eſt inter Interpp. diſceptatio. Annè cum hoſte privatus pactum inire & initum hoſti ſervare debeat: Udalricus Zaſius in diſputat. contra Eccius ſeriò contendit pactum hujuſmodi hoſti ſervari nō debere.

Primò enim inquit hoc ipſum diſertis verbis aliquoties in jure noſtro expreſſum reperitur, quod jus ſit dolo malo & fallacia in hoſtem uti. *l. 25. ff. de capt. & poſtlim. reverſ.* Item quod bonus ſit dolus, ſi quis adverſus hoſtem latronemvé machinetur, *l. 1. §. Non fuit, ff. de dolo.* Item cum

juſtum

juſtum bellum quis ſuſceperit, quod nihil interſit, utrum aperta pugna an ex inſidiis vincat, *c 3. cauſ. 23. q. 3.*

2. Deinde expreſsè ſcriptum eſt ab Ulpiano *in d. l. 26. ff. de captiv. & poſtlim.* Nihil referre quomodo captivus ſit reverſus, utrum dimiſſus, an vi & fallacia poteſtatem hoſtium evaſerit.

3. Præterea ajunt fides hoſti de non aufugiendo, ſed de revertendo data, eſt contra jus publicum & juramentum prius præſtitum: Siquidem jure publico poſtliminii, qui ab hoſte reverti poteſt, nec tamen revertitur, pro transfuga habetur, ut ſcriptum eſt in *l. 5 ff. de re militari.* Ergo fides hoſti data non eſt ſervanda.

4. Adhæc præcipiunt Impp. in *l. 2. C. de Commerc. & mercat.* aurum barbaris non ſolùm non præberi, ſed etiam apud ipſos inventum ſubtili ingenio auferri.

5. Et ſanè pactum contra Rempublicam ubivis, tanquam illicitum, improbatur, *l. 38. ff. de pact.* Cum Cicerone teſte ſalus Reipublicæ ſuprema lex eſſe atque privatorum utilitati ubivis præferri debeat. Cui conſequens eſt, ut pactum cum hoſte Reipublicæ qui everſio-

nem

nem ejus molitur, initum ſervari non debeat.

6. Accedit quod omnis pactio vi metuvè extorta non valeat, nec ſervari debeat. *l. 7. §. ait prætor. ff. de pact.* Ergo qui temporibus addictus vi metuque ab hoſtibus coactus, fidem dat, aut quippiam promittit, non obligatur ad illud ſervandum.

7. Atque huc ſpectare videtur, quod JCtus ait in *l. 1. ff. de bonis eor. qui ante ſentent.* quod ignoſcendum ſit illi, qui ſanguinem ſuum qualiter qualiter redemptum voluerit.

8. Quin etiam, ſi aliud non prohiberet pactum cum hoſte factum ſervare; tamen impedimento eſſe vel militaris diſciplina, quæ non permittit privatis abſque ducum venia quicquam cum hoſtibus tractare aut agere: Cum ea ſint jura militaria, militari doctrinæ præſcripta, ut qui nomina militiæ & ducibus dederunt, atq; adeò Sacramento militari ſunt obſtricti, non poſſint pro ſeſe privatis lucris, præter Stipendia, inhiare, ut quibus omnis mercimoniorum quæſtus, omnis negociatio adeò eſt prohibita, ut ne agrum quidem eo loci ubi militant, nec ab amicis, nedum hoſtibus

com-

comparare, ſed nec ulli alieno obſequio, quod non ſit militaris exercitii, inſiſtere liceat.

Deniq; nec prædæ vacare ſine ducum indulgentia, nec unquam ex caſtris evagari, aut alio uſquam diverti, proficiſcivè ſine commeatu fas eſt: Siquidem ducis in eo officium maximè verſatur, ut militem in caſtris retineat, militaribus exerceat ludis, parciſſimè det commeatum & omninò id agat, ut à ſignis propriis, à ſolitis manſionibus non diſcedat: Milites enim, ut Leo inquit, qui à Republ. armantur & aluntur ſolis debent utilitatibus publicis occupari. Præterea milites, ſive in conflictu prælii, ſive alioqui Ducum indulgentia (dum bellum durat) hoſtilem vel agrum, vel perſonas aut bona prædati fuerint, nihil in privata commoda retinere; ſed ſi immobilia ſunt, Reipubl. pro qua militant, relinquere, aut ſi ſint immobilia, Duci offerre coguntur in commune militibus diſtribuenda. Si qui contra fecerint, aut emanſoris, aut transfugæ aut alia militari pœna plectentur: Et hæc in *l. officium, pr. & §. officium, l. Non omnes, §. à Barbaris. l. qui commeatus, l. Milites prohibentur, l. Milites agrum, ff. de re milit. l. Nemo miles, in fine, l. Tribuni. l. Milites qui à Republ.*

Republ. ibi vel mercimoniorum quæſtus, *C.eod.tit.* Unde ſequitur, milites nec de ſuis privatis compendiis pactum cum hoſte inire poſſe.

9. Inſuper ſi decipere, ob bonum finem, licitum eſt parentes & amicos, multò magis licebit decipere hoſtem, ut contra fidem datam adverſus ipſum machinemur: Atqui verum prius, uti ex Jacobi exemplo & facto conſtat, qui matris auxilio patrem bono dolo decepit, dum mentitus eſt, ſe eſſe Eſavum *Geneſ.27.* Et Abrahami exemplo, qui dolo bono Pharaonem decepit, dum uxorem ſuam ſororem nominavit *Geneſ.12.* Itemque Iſaaci exemplo *Geneſ.26.* Ut & Davidis, qui coram rege Achis ſe inſanum ſimulabat 1.*Samuel.21.* Ergo verum etiam eſt poſterius.

10. Confirmat præterea egregiè hanc eandem ſententiam exemplum Jehu, qui, cum Dei mandatu Baalinos Sacerdotes omnes è medio tollere conſtituiſſet, illos in Baalis fanum, per ſacrificandi cauſam vocatos, interfecit, *2.Reg.10.*

11. Denique pro hac ſententia facere videtur exemplum Camilli Romani Dictatoris, qui pactionem inſcio ſe cũ Gallis à Ducibus initam, tanquam irritam reſcidit: Unde ſequitur Ducem belli, pa-

ctionem à milite abſque permiſſu ſuo factam conſimiliter reſcindere poſſe.

Quare concludendum videtur hoſti à privato homine fidem datam impunè frangi poſſe.

Verùm contraria opinio nihilominus veritati propinquior, & melioribus ac firmioribus rationibus ſubnixa videtur.

Eamq́ue ſequuntur Fr. Hotom. *Ill. q. 7.* Alber. Gentil. *de jure belli lib. 2. c. 11.* Didacus Covarruv. *2. de ſponſal. 3. §. 4. n. 24.* Bodin. *de Republ. lib. 5. c. 6.* Duaren. *in l. 5. ff. de pact.* Roman. *Conſil. 102.* atque hanc ſententiam generali totius Germaniæ conſuetudine probari, teſtatur poſt alios Alb. Gentil. Receptum quippe eſt, ut milites devicti juratò promittere cogantur, ſe vel in perpetuum, vel ad certum tempus adverſus victorem non militaturos, atque tale juramentũ religiosè de conſuetudine obſervetur; ut & illud quo milites capti pro ſui liberatione preciũ hoſti promiſerunt.

Nam primò cum quo juris gentium communio eſt, cum eodem quoq; eſt cõmunio conventionum atq; obligationũ & conſequenter eidem pacta ſervanda ſunt, *l. Conv. & l. 1. ff. de pact.* Jam v. cum hoſtibus eſt communio juris gentiũ, *l. fin. ff. de leg.* E. cũ hoſtibus eſt cõmunio obligat. &con-

& cõſequẽter pacta hoſtib9 ſervari debẽt.

2. Renunciatio ſui juris non poteſt per pœnitentiam revocari, nec jus per eam amiſſum recuperari, *l.46.ff de pact.* Et illa, quæ ab initio ſunt voluntatis, ex poſt facto fiunt neceſſitatis, *l. 5. C. de O. & Act.* Proinde qui ſemel cum hoſte pepigit jurique forſan ſuo renunciavit, non amplius pœnitere poteſt, pactumque initum revocare.

3. Eodemque referri oportet regulam, qua dicitur; fidei humanæ nil magis congruum, quàm ea, quæ placuerunt, ſervare; *l. 1. pr. ff. de pact. & l. 1. ff. de Conſt. pecun.* A qua regula, cùm nuſpiam excipiantur hoſtes, conſequens eſt, humanæ fidei congruum eſſe, fidem hoſtibus datam & pactum cum ipſis initum ſervari.

4. Unde & Pontifex in cap. *Noli.23.q.1.* admodum præclarè ſcribit: fides, quando promittitur, etiam hoſti, contra quem bellum geritur, ſervari debet.

5. Et Cic. *1. de Of.* ſcribit: Si quid ſinguli, h.erivati temporibus addicti promiſerint hoſti, eſſe in eo ipſo fidem ſervandam.

6. Hinc etiam in *leg. 21. ff. de Negoc. geſt.* Proponitur, tres captos fuiſſe à Luſitanis, unum verò ex illis dimiſſum, ut pecuniam pro tribus adferret

eâ conditione addita, ut niſi rediret, cæteri duo etiã pro ipſo ſolverent. Dimiſſus non rediit: Duo igitur pro illo Luſitanis precium ſolverunt. Quo facto, quæſitum eſt, utrum quod pro fugitivo ſolverunt, poſſint ab ipſo negociorum geſtorum actione recipere: Et ſi quidem is, qui dimiſſus erat obligatus fuit hoſti, ex ſponſione ſua, competit adverſus eum negociorum geſtorum actio: Sin obligatus non fuit, denegabitur. Cùm igitur in *d. l. 21.* JCtus reſpondeat, actionem negociorum geſtorum competere: Conſequens eſt, ut fugitivus illa ex ſponſione ſua fuerit hoſti obligatus.

7. Quin etiam militi nihil poterit in bello eſſe perniciosius, quàm ſi ab hoſte captus fide data, nunquam dimittatur ad ſuos, ut pactum pro capite precium ſolvat; quod tamen futurum eſſet, ſi fides data hoſti impunè violari poſſet.

8. Adhæc, cùm damnatis & proſcriptis pacta ſervari debeant, *l 17. ff. de pœn. l. 31. ff. depoſiti.* Cur non ſervarentur & hoſti?

9. Denique confirmat eandem hanc ſententiam D. Ambroſius *lib. 1. de offic. c, 29.* Ubi *liquet in quæſtione etiam de bello fidem & juſticiam ſervari oportere, nec ullum decorum ſervari debere, ſi fides violetur.* Et in *lib. 3. c. 10.*

Exem-

Exemplo Joſuæ, qui jusjurandum à Gabeonitis fraude & mendacio extortum ſervarat; docet fidem etiam perfidis & fraudulentis ſervandam.

Solutio contrariorum.

Quibus ita expeditis, videamus quidnam ad contrariæ opinionis fundamenta reſpondendum ſit. Et quidem *ad primum* reſpondemus diſtinguendo inter dolum & perfidiam, ut illo quidem adverſus hoſtem uti fas ſit, id quod textus allegati probant, perfidiâ autem non item. Etenim, cùm fides nondum data eſt, permiſſum eſt adverſus hoſtem machinari, illumq; fraudibus circumvenire ac vincere, uti etiam hoc non obſcurè probatur ex *cap.* 8. *Ioſuæ.* Poſtquam autem fides ſemel data eſt, & ſecuritas promiſſa, debet illa ſanctè cuſtodiri, nec cuiquam hominum violari Hotomannus *Ill q.1.* Duaren. *ad l.5.ff. de pact.*

Ad ſecundum ℞. Id, quod in *d l.25.* dicitur, nihil referre quomodo captivus ſit reverſus, id verum tunc eſſe cùm de jure poſtliminii quæritur. Siquidem hoc, ut quis cõſequatur, nihil intereſt, quomodo reverſus ſit: Ex quo tamen non ſequitur fidem datam hoſti licitè frangi Duaren.

Committitur ergo fallacia ſecundum plures interrogationes, quia aliud eſt cũ quæritur, utrum contra fidem datam reverſus jus poſtliminii conſequatur: Et aliud, utrum rectè & jure fidem hoſti non ſervarit. *Secundò* reſponderi poteſt, ut proximè reſponſum eſt; nempe Legem illam 25. loqui non de perfidia, ſed de dolo & fallacia, quarũ hæc adverſus hoſtẽ licita eſt, ille verò non item. Hotomannus *d. lo.*

Et licèt hic regerat Zaſius in apologia contra Eccium, perfidiam etiam ſpectare ad dolum bonum & talem fidei fractionem pro militaris diſciplinæ cultu habẽdam. Tamen petit in eo manifeſtè principium & refutatur ex principiis & argumẽtis pro noſtra opinione ſupra adductis. Sic nec *tertiũ* quicquã ad rẽ pertinet: Reſpondemus n. Eũ qui temporib. adductus fidẽ hoſti dederit, redire nõ poſſe, cũ ſalva honeſtate nõ poſſit, *l. filiusf. 15. ff de cond. Inſtit.* Deinde reſpondetur, captũ debere, ſi poſſit, redire; ſed tamẽ ſalva fide, quã hoſti dedit, ſic ut quod hoſti promiſit, præſtet nihilominus: Nec n. hæc ita ſibi contraria ſunt, ut ſimul eſſe nequeant. Non majoris momẽti eſt, *quartũ* argumentũ: Siquidem aliud eſt barbaris ſubtili ingenio aurum ſubducere & aliud fidẽ ipſis datam fallere.

Præte-

Præterea permiſſum eſt fraude ac dolo in hoſtes ac barbaros, uti, quando fides nondum eſt data: At non perfidia.

Nec *quintũ* ad rẽ facit. Nã diſtinguendũ eſt, utrũ Reip. ſtatũ & dignitatẽ pactio imminuat, an ad privatã paciſcentiũ rationẽ & ad rẽ familiarem pertineat. Ut ſi prius, nõ valeat pactũ, *l. 38. ff. de pact.* Sin poſterius, pactũ ſervandũ ſit, *l. 7. §. ait præt. ff. de pact. l. 21. ff. de Neg. geſt.* Et quanquã Zaſius inſtet, fidẽ datã hoſti, de nõ aufugiendo, eſſe contra jus poſtliminii: At poſtliminiũ ſpectare ad publicũ commodũ & concedi ratione utilitatis publi. *l. 5. §. 5. ff. de Re mil.* adeoq; pactionẽ illam de nõ aufugiendo cũ hoſte initam ſemper eſſe cõtra utilitatem publicam, & propterea non ſervandã.

℞. Non multũ tamen ad *l. 25.* pertinet: Nam fatemur equidem ſi ſimpliciter non reverti paciſcatur, non valere pactionem; verum ſi paciſcatur cum hoſte, ut ſe, accepto precio, dimittat, cum alias poteſtatẽ ejus vix aufugere poſſit: pactionem talem contra jus poſtliminii & publicam utilitatem non eſſe. Igitur, ut poſt interpoſitã hanc pactionem captivus aufugiat, non ſoluto precio, nec utilitatem publicam ſuadere nec jus poſtliminii poſtulare: Quod procul dubio non vult contra fidem datam reverti,

Non multum etiam reſiſtit *ſextum* argumentum: Quod enim dicitur, pactionem vi metuvé extortam nullius eſſe momenti, id accipi debet de vi & metu injuſto, qui ſcilicet nullo jure infertur, *l. ſi mulier pr. ff. quod met. cauſ.* Jam verò vis, quæ ab hoſte legitimo infertur, juſta eſt ac juregentium licita, cum eo jure bella introducta ſint & permiſſa, *l. Ex hoc jure. ff. de juſtic. & jure, §. 2. I. de jure Nat. Gent. & Civil.* Duaren. *in d. l. 5.*

Ad ſeptimum ℞. Aliam eſſe rationem ejus, qui ab ignominioſa morte ſe liberat, de quo loquitur, *l. 1 ff. de bon. eorum qui ante ſentent.* & aliam ejus, qui ſine periculo vitæ, fidem hoſti nequitur frangit: Quapropter *d. l. 1.* non debet ultra ſubjectum, de quo loquitur, extendi, ne committatur fallacia ſecundùm quid ad dictum ſimpliciter.

Ad octavum reſpondetur, 1. Etiamſi militaris diſciplina prohiberet milites cum hoſtibus negociari, fidem tamen dare & datam ſervare, etiam extra negociationē & commercium poſſunt, ut ſi quis forſan militum captus in hoſtis pervenerit poteſtatem, & ipſi pro capite ſuique liberatione pactus ſit precium. *Deinde* non omnes, qui paciſcuntur cum hoſte, milites ſunt.

ſunt. Proinde hi iſthac ratione fidem dare ac datam ſervare non prohibentur. Et ſanè omnium rerum mobilium hoſtilium nobis cum barbaris & hoſtibus commercium eſſe probare videtur, *l. 4. C. de Commerc. & Mercator.* paucis, quæ noſtræ ſunt, exceptis veluti illis, quæ ad arma & commeatum pertinent, ut conſtat ex titulo *Cod. quæ res exportar. l. Cotem. 11. ff de public. & vectigal.* Item aurum ab aliis comparare licet, ſed non contra aurum illis vendere, ut exportetur *l. 2. C. de Commerc.* Gœdd. *de Contr. & Comm. ſtipul. c. 6. concl. 5. n. 51.*

Ad nonum ℞. dolo uti, & alterum decipere bono fine permiſſum eſſe, *l. 1. ff. de dolo malo*, ubi fides nondum data eſt: At poſtquam ſemel data eſt, omnem fraudem & perfidiam eſſe prohibitam: Atque ſic etiam exempla allegata non de perfidia, ſive de fide rupta loquuntur, ſed de ſimplici dolo.

Ad decimum reſpondetur Jehu nullam fidem publicam ſacerdotibus illis Baalinis dediſſe, nec de ſecuritate publica caviſſe, ſed ad illos evocandos & in unum locum cogendos dolo bono & ſtratagemate uſum fuiſſe.

Ad undecimum ℞. Exemplum Camilli

huc non quadrare: Is enim reſciderat pactionem cum hoſte initam non â privato, ſuper privato compendio, ſed à ducibus belli, ſuperiorem tamen recognoſcentibus Rempub. in ejus læſionem & præjudicium, qualis pactio nullo jure ſuſtinetur, *l. 38. l. 7. § 14. ff. de pact.*

QUÆSTIO XVI.

An privatus cũ principe efficaciter paciſci queat, ſic ut principem ſibi ex pacto iſto obliget?

PRincipem cum privato, & viciſſim privatum cum principe poſſe paciſci, dubium non eſt, atq; ex contractu & pacto cũ principe inito obligari privatum itidẽ expeditum eſt; ſed utrum pactum, quoad principẽ, vires habeat, ſic ut exinde princeps obligetur viciſſim privato, expeditum non eſt: Sunt quibus negativa arridet ſententia.

Quia princeps legibus eſt ſolutus, *l. 31. ff. de leg.* contractus verò & pactum principis eſt lex: ſic enim expreſsè appellatur in *l. don. quas divus in verb.* utpote imperialib. contractibus legis vicem obtinentibus. *C. de don. inter vir. & uxor.* Et *in l. Cæſar. 16. ff. de publ. & vect.* Quare princeps non tenetur pacto & contractu cum privato inito. Sed tamen verior eſt contraria opinio; Non ſolum

ſolùm quia in commutativa juſticia, quæ in contractibus & pactis dominatur, rerum duntaxat, non perſonarum habetur ratio Weſenbecius *in parat. l. de juſt. & jure n. 11.* Sed etiam quia pacta juris ſunt gentium ac juris naturalis, *l. 1. de pact. l. 7. pr. eod. l. 1. de cōſt. pec.* quo jure omnes tenentur homines *l. omnes populi, ff. de juſt. & jure* nec ulla eſt hominum differentia, *§. 2. I. de jure Nat. Gent. & Civ.* Nec verò ratio in cōtrarium adducta quicquam obſtat. Quod n. primò dicitur principem legibus eſſe ſolutum, *d. l. 31. ff. de legib.* id de civilibus duntaxat legibus, nō verò de naturalibus accipiendum, *vide tract. de Author. jur. c. 1. q. 6.* At pactum non eſt civilis, ſed naturalis juris, *d. l. 1. de pact. & l. 1. ff. de pecun. conſtit.* proinde etſi contractus & pactum principis eſſet lex, tamen quia non civilis, ſed naturalis lex foret, eo non ſolutus, verùm adſtrictus eſſet princeps. Deinde contractum principis eſſe legem, ac vim legis obtinere, nego & pernego: Tum quia aliàs & tertio præjudicaret eundemque ad obſervantiā obſtringeret, quod abſurdum & contra, *l. 27. §. 4 ff. de pact.* Tum etiā quia jus gentium principi cum privato commune eſt: At hoc jus pacta obſervari jubet, *d. l. 1. de pact.* Nec contrariū probat *l.*

Donationes quas, C. de donat. inter vir. & uxor. Nam illius legis hic eſt ſenſus, quod, ut omnes contractus & pacta ipſos contrahentes inſtar legis tenere dicuntur, *l. Legem quam, C. de pact. l. 23. de R. I. cap. contractus de R. Iur. in ſext. l. 1. §. ſi convenerit. ff. depoſ.* Ita & contractus principis, quoad ipſum & eum, quo cum contraxerit legis vicem habeat; ſic ut quemadmodum lex illos, quibus præſcripta eſt ad ſui obſervantiam, obligat, ita quoque pactum & contractus principis cùm principem ipſum, tum & privatum, qui cum eo contraxit ad obſervantiam obliget: Reliquis verò qui pacto non ſunt comprehenſi nec proſit, nec noceat. Vaſquius *lib. 1. Illuſtr. contr. c. 3. n. 6.* præterea Gregor. Lopezius 1. *animadv. 35.* reſpondet adductam *l. donationes* hoc ſaltem velle, quòd etſi aliàs donatio inter virum & uxorem regulariter non valeat, tamen quia hoc jure mero civili & poſitivo conſtitutum, ideò donationem valere inter principem ejuſdemque conjugem factam, ita ut quemadmodum id, quod principi placet, legis habet vigorem, *§. ſed & quod principi. I. de jure Nat. Gent. & Civil.* Ita & contractus principis vim legis obtineat. Et exinde, ſicut lex tollit & conſuetudinem, ita lex & con-

conſuetudo per contractum principis, qui illis contrarius eſt, abrogentur; & ſufficiat illi placuiſſe ſic contrahere ad hoc, ut etiam, lege civili repugnante, contractus ſubſiſtat.

Alii reſpondent, tum demum contractum principis legis vicem obtinere, ſi animo condendæ legis celebretur, idque in contractu diſertè caveatur & exprimatur, atque ita intelligendam, *d.l.donationes.*

Sunt etiam qui ſtatuant, principis contractum legis vicem obtinere non ſimpliciter, ſed ſecundùm quid tantùm, eoque nimirum caſu, quandò cum juris civilis præpedito & ad contrahendum minus idoneo atque inhabili contractum princeps init: Tunc enim hoc ipſo, quòd princeps contrahit, legis vicem ſubire iſtiuſmodi contractum cenſeri juriſque civilis impedimentum tollere, quod ante contractum contrahentem cũ principe præpediebat. Ut enim antè civile jus obſtaculo erat, quo minus capax habiliſque eſſet cum principe contrahens; Ita nunc alio civili jure, principis nempe interventu, qui in hiſce rebus parem cum jure civili poteſtatem habet, eliditur atque perimitur prioris juris obſtaculum, capax-

que & habilis, qui ante habilis non erat, efficitur.

Quin etiam non deſunt, qui idcirco, *d. l donationes* ad rem non facere exiſtimant, quia donatio illîc inter principes conjuges fuit celebrata, quorum tantùm reſpectu vim legis habere dicitur.

Deniq; Petr. Heigius *in §. ſed & quod principi, I. de jure Nat. gent. & civ.* ait, quod *in d. l. donationes*, dicitur *donationem vicē legis obtinere*, id ſic accipiendum, ut quod princeps ſuis in contractibus cōtra juris civilis ſolennitatem facit, legitimum ac firmum habeatur, quoniam idem in aliorū actib⁹ ſolennitates ſupplet, *l. omniū, 19. C. de teſt.*

Similiter parum ad rem facit allegata, *l. Cæſar.* Siquidem ibi vocabulū legis, & ut alias frequenter, idem ſignificare, quod pactum videtur, *l. 23. de R. I. l. 52. de V. oblig. l. legem quam, C. de pact.*

Nec deniq; quicquā movet, quod principū placita legis habeāt vigorē, *d. §. ſed & quod princ.* Nam id tum demū verum eſt, cum quid animo condendæ legis principi placet: non verò cum animo contrahendi, eumq; duntaxat, cum quo contrahit, obligandi: Item cum quid princeps, ut princeps in utilitatem publicam decernit vel conſtituit, non ut privatus privatæ utilitatis cauſa.

QUÆSTIO XVII.

An filius cum patre de rebus adventitiis, quarum ipſe plenam habet proprietatem, paciſci & contrahere poſſit?

FIliumf. cum alio quàm patre contrahi & paciſci poſſe, dubium planè nullum eſt: Id enim probant expreſſi textus in §. *Item inutil.*, *I de inut. ſtip. l. Nulla*, *l ſi ex alio C. quod cum eo qui*, *l. fin ff de O. & A. l. ſi dubitet. § filiusfam. ff. de fidejuſſor.* Verùm cum patre ipſum nec contractum, nec pactum inire poſſe, multis argumentis evincitur: primò quia oportet contrahentes eſſe perſonas diverſas & diſtinctas, *l inter ſtipulantem*, *l. 5. § ſtipulatio a. ff. de V. oblig.* pater autem & filius in poteſtate ejus exiſtẽs, pro una reputantur perſona, §. *Ei vero I. de inut. ſtip. l. fin. C. de impub. & al. ſubſtit.* & quidem non ſolùm jure civili, ſed naturali etiam *d. l. fin. in verb. cum &* NATURA *pater & filius eadẽ eſſe perſona intelligãtur.* Deinde quia actio & paſſio circa idem ad idem, eodem modo, ſimul concurrere non poſſunt: At ſi pater filio & contrà obligaretur, in eodem concurreret actio & paſſio; adeoque confuſione obligatio tolleretur & pactum ſine effectu conſtitueretur.

Cære-

Cæterùm excipiuntur nominatim & expreſsè bona caſtrenſia & quaſi caſtrenſia, de quibus cum patre filius contrahere & paciſci poteſt; ſic ut ex contractu pater obligetur filio, & filius patri, perinde ac ſi cum extraneo filius contraxiſſet, *l. lis nulla, ff. de judic. §. 1. & ſeq. l. per quas perſon. nob. acquir. l. 7. ff. de obligat. & Act.*

Sed utrum idem quoque de illis bonis adventitiis dicendum, in quibus pater nihil juris obtinet, ſed filio plena proprietas competit? Equidem communis eſt opinio teſte Jaſone. *in l. Frater. à fratre, n. 37. ff. de condict. indeb.* & Emanuele Mendez de Caſtro *in l. cum oportet. C. de bon. quæ lib. n 93. & ſequent.* quod idem plane in his bonis, quod in caſtrenſibus obtineat. Verùm ab ea, poſt veteres quoſdam, recedit Johann. Gœdd. *in tractat. de contr. & comm. ſtipulat. c 7 n. 52. & ſeq.* ſtatuens de illis bonis adventitiis, in quibus filiofam. plena tribuitur proprietas, poſſe filium cum patre, perinde, ut de bonis caſtrenſibus, paciſci & contrahere.

1. Quia etſi in iis rebus quas pleno jure filiusf. conſequitur juxta *Nov. 117. c. 1.* liberam habet adminiſtrationem, ſi ejus ætatis fuerit, ut ſine curatoribus poſſet ſua adminiſtrare: non tamen jusfamiliæ

ſive

ſive patrisf. in iiſdem obtinet, ſicuti in caſtrenſibus, quod vel inde elicitur, quia jus teſtandi diſponendique per ultimam voluntatem ei in iſtis non eſt conceſſum. *l. fin. C. qui teſtam. fac. poſſ.*

2. Quia filiofam. adverſus patrem in his rebus adventitiis non præſtari, invito patre, actiones, dum in poteſtate eſt, patet ex *l. 7 ff. de Oblig. & Act. l. Non ſolum, §. filiof. & §. §. ſeq. de injur. l. 1. Authent. tricennali & ibi Dd. C. de bon. matern.* Adeò, ut ſi alium ſibi obliget, ipſemet ſolus non agat, ſed patre permittente ac jubente, vel abſente, tribus ſolũmodo caſibus exceptis, in *l. fin. Cod. de bon. quæ liber.*

3. Quia ſi filiusf. pecunia patris ſui in cauſa adventitii, nedùm profectitii negociatus ſit, dividitur quidem lucrum inter patrem & filium pro modo operarum, induſtriæ, pecuniæ, arbitratu boni viri Menoch. *de Arbitr. jud. quæſt. lib. 2. Caſ. 126.* ſed hoc ita, ut non veniat jure actionis filiusfam. ad diviſionem, ſed per retentionem, neque pater ab ipſo petat, ſed ut is ſuum vindicet, ſive potius tollat. Quo efficitur nec in adventitiis inter patrem & filium naſci actionem civilem aut utilem.

4. Quia contrahentes debent eſſe perſonæ diverſæ, ut ſupra fuit demonſtratũ:

At

Digitized by Google

At ſi pater & filius cõtraherent & paciſcerentur, eadem perſona ſecum paciſci & contrahere intelligeretur; quia vox patris eſt vox filii & contrà, *§. Ei verò, I. de inſt.*

5. Quin & ideò hæc ſententia humanior videtur & verior, quia patri ſua debet conſtare reverentia, nec ab ea recedendũ ſine publica cauſa: publica autem cauſa militiæ videtur hoc ſpeciale jus de caſtrẽſibus peculiis perſuaſiſſe. *arg. l. 9. ff. de his qui ſui vel alieni, l. fin. C. de inoff. teſtam.* At in adventitiis nulla ejuſmodi cauſa publica vel fingi, vel oſtendi poteſt.

6. Accedit his quod cùm jure etiam naturali pater ſit legitimus adminiſtrator bonorum filii, *l. fin. §. filiis autem, C. de bon. quæ lib.* contrahendo cum filio fieret author in re propria, quod abſurdum eſt, *l. 1. ff. de Auth. tut.* Hinc igitur concludendum, nec naturalem obligationem oriri inter patrem & filium in bonis adventitiis.

7. Poſtremò urgetur regula quod inter patrem & filium lis nulla eſſe poſſit, *l. 4. ff. de jud.* Nec inter filiũ & patrẽ emptio contrahi queat, *l. 2. ff. de contrah. empt.* Exceptis caſtrenſibus bonis: Quæ exceptio regulam confirmat in caſibus non exceptis: Ut perinde bona adventitia, cũ nullibi excipiantur, ſub regula contineri intel-

telligantur, ſic ut nec de illis poſſit inter patrem & filium lis eſſe, nec emptio venditio contrahi. Verùm, ut dixi, ab hac ſententia communis interpretum ſchola recedit, ſtatuens filiumf. de bonis iſtis adventitiis, in quibus plenam habet proprietatem, contrahere & paciſci ad inſtar patrisfam. poſſe; Et rectè.

1. Quia de bonis adventitiis, in quibus pater uſumfructum non habet, filiof. cõceditur liberrima diſpoſitio & adminiſtratio, ſicut de illis non aliter diſponere, eaq́; adminiſtrare poſſit, quàm paterf. *N.* *117.c.1.* cujus hæc ſunt verba: *Res autem ita relictas*, (ut ſcilicet uſusfructus non ad patrem, ſed ad filium ſpectaret) *ſive donatas poſitis ſub poteſtate perſonis, ſiquidem perfectæ ſint ætatis, licet ſub poteſtate ſint, licẽtiam habeant* quo velint modo *diſponere. Si verò ætate minores ſint per quem perſpexerit teſtator aut donator, hæc gubernentur*; Jam verò conſtat adminiſtrationis jure contineri jus paciſcendi, contrahendi & obligandi l. princeps. de Verb. ſignificatione.

Et quanquam Gœddæus reſpondeat hęc intelligi debere de habili ſubjecto & de tali perſona, quæ ſtipulanti & contrahenti, ſecundùm regulas juris obligari poſſit, ac vice verſa; cum actus agentium non ſint, niſi

niſi in agente benè & aptè diſpoſito, *l. 1. C. de hered. Inſtit. §. legari, l. de legat.* Hæc autem benè & aptè diſpoſita qualitas in patre, reſpectu filiifam. propter juris civilis regulas & jus poteſtatis patriæ non reperiatur.

Tamen hæc reſponſio propoſitum argumentum non infringit; ſi quidem dum ſtatuitur patrem eſſe talem perſonã, quæ filio ex contractu & pacto, obſtantibus regulis juris & poteſtate patria, obligari nequeat; manifeſtè petitur principium: hoc ſiquidem ipſum eſt, quod nunc in diſputatione vertitur.

2. Probatur etiam hæc ſententia ex eo, quod ceſſante ratione juris, ceſſet quoq; juris prohibitio. At in bonis adventitiis, quorum uſusfructus ex nova lege ad filiumfam. ſpectat, ceſſat ratio, ob quam de bonis adventitiis, in quibus patri uſusfr. competit, non poteſt filius contrahere, quæ hæc eſt, quòd quicquid ex his bonis filiusf. acquirit, id non ſit ipſius propriũ, ſed patris, ac conſequenter & obligatio, quæ ex pacto & contractu, ſuper hujuſmodi rebus inito naſcitur, non ſit filii propria *l. fin. Cod. de bon. quæ lib.* adeoque horum bonorum reſpectu, pater cum filio una cenſeatur perſona. Hanc autem ratio-

rationem in bonis iſtis, de quibus nunc loquimur, adventiis deficere, plus quam manifeſtum eſt.

3. Huc etiam facit quod in *d. l. cum oportet, C de bon. quæ lib.* conſtitutum ſit, ut filiofam. propter malitioſam patris adminiſtrationem, ex eo tempore competat hypotheca tacita in bonis patris adminiſtrantis: Si itaque pater tacita conventione obligari poteſt hypothecæ & pignoris cauſa ob malam adminiſtrationem, multò magis obligabitur ei apertè ex pacto & contractu. Verùm hanc rationem non ſatis prægnantem ipſe judico, cum *d.l.cum oportet.* non de bonis adventitiis, quæ plena proprietate ſunt filiifam. loquatur, ſiquidem illorum adminiſtratio non ad patrem, ſed ad filium ſpectat, ut pòſt demonſtrabitur; verùm ſolùm de bonis adventitiis, quæ, ut regulariter accidit, uſufructu ſunt patris.

Solutio contrariorum.

Ad primum igitur prioris opinionis argumentum reſpondetur: In illis adventitiis bonis, quæ quoad plenum proprietatem ad filiumf. ſpectant, ipſum filiumf. & jus familiæ & jus patrisfamil. obtinere. Jus enim familiæ & patrisfamil. in hæc

con-

conſiſtit, ut quicquid aliquis acquirit, id ſibi acquirat & pleno jure poſſideat; Deinde, ut de rebus iſtis pro arbitrio ſuo diſponere poſſit, ſeu, ut ſit bonorum ſuorũ moderator & arbiter, *l. in re mandata, C. mandati*, & ut lex 12. tabb. loquitur, uti paterf. de re ſua legaſſit ita jus ſit. At hæc filio quoque familias in prædictis adventitiis bonis competere indubium eſt. Nã primò bona hæc ſibi pleno jure acquirit & retinet, ſic ut nihil quicquam juris in illis pater obtineat: Deinde eſt etiam bonorum iſtorum modarator & arbiter, atque ut *d. Novell. 117. c. 1.* loquitur, de bonis iſtis pro ut vult diſponere poſſit, ſic ut prout de bonis iſtis legaſſit, jus ſit. Proinde in bonis hiſce pro patrefam. habetur. Et quod ratione illorum patria poteſtas non attendatur, nec ullum effectum habeat, exinde relucet, quod patria poteſtas ratione bonorum, per filium f. acquiſitorum, hunc habuerit effectum, ut quicquid filius acquireret, id omne acquireret patri, *tit. Inſt. de his qui ſui vel alien. jur.* hoc autẽ deficit in præfatis adventitiis bonis: Igitur in illis non attenditur patria poteſtas. At, inquit, Gœddæus filiusf. nõ poteſt de hiſce adventitiis bonis teſtari; jus itaq; familiæ & patrisf. non obtinet. Sed reſpõdeo adhuc ſubjudice litem eſſe, anne fili-

usf. de bonis adventitiis, quorum plenā habet proprietatem, teſtamentum facere poſſit? Et ſane mihi, ſalvo aliorū judicio, verius videtur, ipſum teſtamētum facere poſſe, quia *in d. Nov. 117 c. 1.* ei permittitur. Diſponere *quo velit modo*, & ſi inter vivos de rebus illis pro arbitrio poteſt diſponere, cur non idem ei per ultimā voluntatē liceret? *arg. tot. tit. I. de L. Fr. Conan.* Sed hac de re alibi prolixè & ex profeſſo tractabo.

Ad ſecundum ℞. In *l. 7. ff de O. & A.* in qua Pōponius aſſerit, Actiones adverſus patrē filio præſtari nō poſſe, dū in poteſtate eſt filius regulā contineri, à qua excipiantur bona caſtrenſia, quorū reſpectu filio adverſus patrē actio præſtetur, *l. Lis nulla, 4. ff. de jud.* Et ad exemplū horum excipiātur etiā bona adventitia, in quib9 plenā proprietatē habet filius, dum in poteſtate patris eſt: quorū exceptio confirmatur, *d. N. 117. c. 1.* & ratione juris manifeſta quā paulò ante adduximus, nititur. Reliquæ v. leges à Gœdd. allegatæ nil quicquā ad propoſitū faciūt: Et quod *in l. fin. C. de bon. quæ lib.* ſi filiusf. aliū ſibi obliget ex contractu ipſe ſolus nō agat; Id ad ea ſolum pertinet bona in quib9 pater habet uſumfructū, & quorū pater legitimus eſt adminiſtrator.

Idem planè *ad tertium* reſpondendum: Nam

Nam & illud extra propoſitæ quæſtionis terminos vagatur, & ad ea bona, de quibus impræſentiarum agimus, nil quicquã pertinet: Siquidem lucrum ex rebus iſtis, quarum uſusfructus ad filiũ ſpectat, proveniens, aut illarum occaſione acquiſitum non dividitur inter patrem & filium, ſed filii proprium eſt *d. Nov. 117. c.* 1.

Ad quartum reſp. in bonis hiſce adventitiis, ſicut in caſtrenſibus filium cum patre non haberi pro una perſona: Siquidem patria poteſtas, quæ iſtam unionem inducit, non ſeſe ad prædicta bona extendit, ſed in iis filiusfam. pro patrefam. habetur, ut id paulò ſupra fuit oſtenſum.

Adde quod pater & filius non ſimpliciter, nec in omnibus habeantur pro una perſona, ſed in rebus duntaxat acquirendis §. *Ei verò I. de inut. ſtipul.* Unde & Imperatores *in l. fin. C. de impub. & aliis ſubſtit.* addunt particulam reſtrictivam *pene*: Unde ſequitur, quoad ea bona, quæ patri non acquiruntur per filium, non reputari eos pro una perſona.

Ad quintum reſp. Reverentiæ paternæ minimè refragari patrem filio ex contractu ſuper rebus filii propriis obligari; alioquin læderetur quoque reverentia paterna ſi pater cum filio ſuper caſtrenſibus

bonis

bonis contrahẽs obligatur. Deinde quod filiusfam. bona occaſione militiæ acquiſita, habet ſibi propria, ac pleno jure, id quidem ex publica cauſa deſcendit & favore militiæ introdum eſt: Quod autem de iiſdem bonis, inſtar patrisf. contrahere & diſponere poteſt; adeoque jure patrisf. in iis utitur, id ex jure communi proficiſcitur quo cuivis domino rei ſuæ moderamen & arbitriu permittitur, *l. in re mandata, C. mandati.*

Ad ſextum reſpondet Emanuel Mendez, patrem obligari poſſe filio civiliter; filium verò patri obligari non poſſe; nec eſſe inconveniens, contractum ex parte filii claudicare, quia id regulare eſt, quoties unus ex contrahentibus ex conſenſu ſuo non poteſt obligari, *l. 14 § ſi quis pupillo, ff. de act. empt.*

Verùm hanc reſponſionem non puto ſubſiſtere poſſe propterea, quod rationes ſupra adductæ ſatis oſtendant, non ſolùm patrem filio, ſed etiam filium patri viciſſim obligari poſſe; Proinde exiſtimo reſpondendum patrem non eſſe bonorum illorum adventitiorum, in quibus uſumfructum non habet, adminiſtratorem, ſed omnem illarum rerum adminiſtrationem, & quidem liberam ac plenam, ad fi-

lium pertinere, *d. Nov. 117. c. 1. in verb.* quo velit modo diſponere. Non obſtante, *d. l. fin. §. filiis autem*, qui textus eſt de illis adventitiis bonis, quæ quoad uſumfructum ad patrem pertinent.

Ad poſtremum ℞. Etſi olim nullus contractus nullum pactum inter patrem & filium ſuper bonis adventitiis celebrari potuerit, *l. 2. de contr. empt.* & ideo nec lis potuerit eſſe de illis inter patrem & filium, *l. 4. de jud.* id tamen hodie in bonis adventitiis, quæ plena proprietate ſunt filii, ſecus ſe habere, *d. Nov. 117. c. 1.* Et ideo quoad hæc bona jus vetus correctum eſſe.

CAPUT IV.

De his quibus pactione aliorum acquiritur.

QUÆSTIO I.

An filius pactione patri obligationem acquirat?

UT ſtipulationes, ita quoque pactiones ad hoc inventæ ſunt & introductæ, ut ex illis quisque ſibi obligationem & actionem acquirat, non verò alteri, § *Alteri & § ſi quis alii, l. de Inutil. ſtipul. l. ſi tibi* 17. *§. 4. ff. de pact.* quo in loco Paulus: *Si pactus ſim ne à me, neve à Titio petatur, non proderit Titio, etiamſi heres extiterit, quia ex poſt facto id confirmari non poteſt.* Hinc regula juris eſt

eſt: Neque paciſcendo neque ſtipulando quenquam alteri cavere poſſe. *l. quo tutela. § fin. ff de R. Iur.* Excipitur ſolùm is, qui in poteſtate noſtra eſt, qualis eſt ſervus & filius f. *l. 38. §. Alteri de V. O. & d. §. Alii & §. Ei verò, I. de inut. ſtip.* hi enim paciſcendo & ſtipulando habentur pro una perſona, cũ patre & domino, ſic ut vox patris ſit vox filii & contra, *d §. Ei verò.* Quare ex pacto filii acquiritur patri obligatio & hinc vel exceptio, vel actio, prout pactum vel nudum eſt, vel veſtitum.

Non obſtat huic, quod ex pacto nudo naturalis ſolùm obligatio naſcatur: At fictio illa, qua pater cum filio fingitur una perſona, ſit ſolùm civilis & quoad ea duntaxat, quæ juris civilis ſunt procedat, quia & patria poteſtas quâ fictio iſta nititur, ex jure Romano civili deſcendit.

Reſp. Etenim patria poteſtas, quoad formam ſolùm & quoad ſpeciem eſt juris civilis, quoad genus verò eſt juris naturalis & gentium: proinde fictio iſta ejuſque effectus ex patria poteſtate dependentes & in iis, quæ juris naturalis ſunt, locum habent. Hinc & Imperator in *l. fin. C. de impub. & alior. ſubſt.* filium & patrem *natura* etiam unam eſſe perſonam aſſerit.

Similiter nihil refragatur, quod filius matri ex pacto acquirere queat, *l. inter ſocerum, §. filia, ff. de pact. dotal.* Cùm tamen matris & patris eadem ſit, jure naturali, conditio & ratio.

℞. Nam & ad hoc eodem modo, quo ad prius reſpondetur negando jure naturæ eandem eſſe matris & patris conditionem; quia patria poteſtas & conjunctio iſta atque unio patris ac filii, à poteſtate patria dependens, ad ea quoque, quæ juris ſunt naturalis, ſeſe extendit, *d. l. fin.*

QUÆSTIO II.

An ſi filius ſub conditione paciſcatur & conditio exiſtat diſſoluta per emancipationem patria poteſtate, patri ex pacto acquiratur obligatio vel exceptio, an verò filio?

ACcurſius *in l. 78. ff. de V. Obligat.* & qui ipſum tum ex veteribus, tum recentioribus ſequuntur, ſtatuunt, filio ex conditionali pacto vel contractu obligationem hoc caſu, quo filio emancipato conditio extitit, acquiri: Moventur autem ſequentibus argumentis.

1. In *l. 132. §. 1. ff. de V. Obligat.* filiusfam. ita ſtipulatus proponitur: *Quantam pecuniam Titio credidero, fide tua eſſe jubes*; ſi emancipatus crediderit, non patri, ſed ipſi filio

filio fidejuſſor debere dicitur. Idem planè *in l. 47. §. 1. ff. de fidejuſſ.* Ubi Papinianus: *Si filius*, inquit, *in cauſa peculiari, ita fidejuſſorē acceperit: Quantam pecuniam credidero, fide tua eſſe jubes? Et emancipatus credat, patri quidem ſi non eſt reus obligatus, non tenebitur: Filio verò humanitatis intuitu obnoxius eſſe debet.*

2. In *l. 12. §. 3. ff mandat.* Cùm mandatum eſſet filiofam. ut ſolveret, & is ſolvit jam emancipatus, datur actio ipſi filio & non patri.

3. In *l. 46. §. pen ff. de hered. inſtit.* filiusf. mandat amico, ut is adiret hereditatem & aditam ſibi mandanti reſtitueret; ſed ei jam emancipato reſtituit. Et dicitur hoc caſu actio dari filio, & non patri, aut certè actio patri inutilis eſſe dicitur.

4. In *l. 11. §. 2. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Maritus cùm uxori donare vellet mortis cauſâ, interpoſuit mulier filiumf. qui rem donatam acciperet a marito & poſtea traderet mulieri. Sed hic filiusfam. poſtea factus paterfam. nempe ante mortem mariti, rem demum donatam tradidit mulieri, & dicitur donationem factam à patref. cùm res à filio adhuc familiâs accepta fuiſſet, nihilominus valere, quia traditio redigatur ad tempus mortis.

5. In legato placet tempus exiſtentis conditionis ſpectari, ſic ut ſi tum legatarius fuerit filiusfam. patri legatum acquirat; ſin paterfam. & ſui juris, ſibi acquirat: Idem igitur in contractu quoque & pacto dicendum, cùm vix poſſit diverſa pacti & legati ratio dari.

Verùm enimverò contraria opinio placet Bartolo, Alciato, Gotofredo & Coraſio *in l.78. de V. Obligat.* ut & ibid. Donello, Giphanio, Cujacio, Duareno & Zaſio. Hotomanno item 5. *obſ.* 13. Petr. Faber *ad l.* 144. §. 1. *de R. Iur.* Anton. Faber *15. conject. 6.* Quæ & mihi vera videtur.

1. Quia *in l.78. ff. de Verb. Obligat.* expreſsè dicitur, ſi filiusfam. ſub conditione ſtipulatus fuerit & deindè conditio extiterit, patri actio competit, quia in ſtipulationibus id tempus ſpectatur, quo contrahimus.

2. In *l.18. de R. Iur.* ait Pomponius: *Quæ legata mortuis nobis ad heredem noſtrum tràſeunt, eorum commodum per nos his, quorum in poteſtate ſumus, acquirimus: Aliter atq; quod ſtipulati ſumus. Nam & ſub conditione ſtipulantes omnimodo eis acquirimus, etiam ſi liberatis nobis poteſtate domini conditio exiſtat.*

3. In *l.244 ff. de R. Iur.* ſcribit Paulus:

In ſtipulationibus id tempus ſpectatur, quo contrahimus.

E quibus omnibus atque ſingulis haut obſcurè colligitur, ex pacto conditionali patri per filium nihilominus acquiri, etſi conditio exiſtat, filio patris poteſtate ſoluto.

Solutio contrariorum.

Nec multum refragantur argumenta in contrarium ſuperius adducta: Quod enim *ad primum* ℞. Fidejuſſoris obligationem eſſe acceſſoriam ac proinde ſequi naturam obligationis principalis: At in propoſito caſu, *d. l. 132.* obligatio principalis non acquiritur patri, ut quæ demũ cœperit & contractu fuerit poſt emancipationem filii, qui credidiſſe emancipatus proponitur. Quare huic conſequens eſt, nec fidejuſſoriam obligationem patri acquiri.

Ad ſecundum ℞. In *d. l. 12. § 3. ff. mandat.* non prius fuiſſe obligationem mandati natam, quia nec prius ſolvit filiusfamil. quam emancipatus fuit: Unde ex contractu inutilis patri obligatio dicitur.

Ad tertium ℞. In caſu, *d. l. 46. § pen.* ideo actionem patri non acquiri, quia teſtator noluit ſuam hereditatem ad patrem pervenire, ſed ad filium.

Ad

Adquartum: In *d. l.11. §. 2.* filiusf. interpoſitus fuit, non ut acquireret, ſed ut acceptum traderet mulieri, h.e. filiifam. tantùm opera & miniſterium fuit adhibitum, ut in *l.5. §. ff. de donat. int. vir. & uxor.* Ideo patri nihil acquiritur.

Ad quintum ℞. Diverſam eſſe rationem legati & pacti, ſive contractus; nec hoc loco à legato ad contractum procedere argumentationem: Diverſitas iſta in hoc conſiſtit, quod etſi ex conditionali ſtipulatione vel conventione ante conditionem exiſtentem nulla naſcatur actio ac nec obligatio, ſpes tamen exinde naſcitur, aliquando debitum iri, quæ ſpes patri acquiritur, *§.4. I. de V. oblig* Præterea cùm vox patris ſit vox filii, in iis rebus, quæ patri per filium acquiri poſſunt. *§. 4. I. de inutil. ſtipulat.* videtur pater ſibi ſtipulatus, quando filius ei ſtipulatur: At verò ſi pater ſibi ſtipulatus fuiſſet, procul dubio patri acquireretur ex ſtipulatione vel pactione obligatio, etiamſi filius ante exiſtentem conditionem ſui juris effectus fuiſſet. Hæc autem ratio in legatis deficit, ut è quibus, ante conditionem exiſtentem, nihil omninò ſuperſit quod per filium patri acquiri poſſit, nec factum aliquod filii, nec ſpes ejuſmodi qualis ex con-

conventionibus conditionalibus naſcitur; Cui conſequens eſt, ut ſi filio ſub conditione legatum fuerit relictum & ante conditionem exiſtentem ipſe emancipetur, non patri acquiratur, ſed filio.

Quæstio III.

An ex conventione filiifam. patri naturalis obligatio acquiratur?

DE hac quæſtione longè intricatiſſima variæ extant interpretum opiniones, quarum præcipuas hîc recenſere non gravabor. Prima itaque eſt Franc. Hotomanni, qui *Illuſtr. quæſt ult.* ſtatuit obligationem naturalem patri per filium non acquiri, ſed in filii perſona conſiſtere: Argumenta & fundamenta ejus hæc ſunt.

1. Si obligatio naturalis acquireretur patri, pater filio nunquam obligaretur naturaliter, quia obligatio naturalis filio acquiſita, adverſus patrem nunquam conſiſteret in perſona filii, ſed patri confeſtim acquireretur & ad patrem ſtatim recurreret, & ſic obligatio naturalis cõfuſione extingueretur, patre ſimul & debitore & creditore exiſtente, cùm nemo ſibi ipſi poſſit obligari, *l. cum filiof. 11. verſ. deniq; de leg.* 1, At pater obligatur filio na-

turaliter idq; *l.38.§.quaſ.ff.de cond.ind.* ubi filius patri pecuniam peculiarem credit & pater filio naturaliter obligatur, adeò ut illa patris obligatio etiam poſt emancipationem duret. Ergo naturalis obligatio patri non acquiritur.

2. Si obligatio filii creditoris patri acquireretur, eadem ratione etiam obligatio filii debitoris ad illũ pertineret, *arg.l. 10. de R.I.l.9.§.1. ff de uſufruct.* Nam quo pacto pater ex credito filii creditor efficitur, eodem modo ex debito debitor efficitur; *l ſi filius, 21. ff de damn. infect. l. Mandati. 46. ff. de Negoc. geſt.* Quod cùm abſurdum ſit, quod neque natura, neque civilis ratio illud patiatur, *l heres, 21. §. quod ſi ſtipulator. ff. de fidejuſſor. l 21. ff. de liber. legat.* Conſequens quoque eſt, ut utraque obligatio naturalis in perſona liberorum ſubſiſtat.

3. Ex patria poteſtate, quæ civilis eſt; *§ 2. I. de patria pot.* atque ex ſubtilitate & fictione juris civilis eſt; quod quicquid filius acquirit; id patri acquirat; proinde fictio hæc ad naturalem obligationem ſeſe non extendit, ac conſequenter filius patri naturalem obligationem non acquirit.

4. Jure

4. Jure naturali omnes homines pares ſunt & ejuſdem conditionis, *l. quod attinet, 32. de R. Iur.* Conſentaneum itaque eſt, filium hoc jure non coſiderari, ut filium, nec patrem, ut patrem, & quod huic conſequens eſt naturalem obligationem patri per filium non acquiri.

5. In *l. 3. §. Pomponius, ff. de minor. & leg. ſi ſtatu libera, 6 § ſi filius de ſtatu lib.* dicitur, mortuo filio, creditore fratris, patrem ejus quaſi heredem eſſe. Si quaſi heres eſt pater filii creditoris mortuo demum filio, pater creditor eſſe incipit & vivente filio creditor non fuit. Ex quo videtur colligendum, obligationem naturalem patri per filiumfamil. non eſſe acquiſitam; alias enim pater, vivo quoque filio, creditor diceretur.

6. In *leg. 6. ff. de pecul. legat. §. cum autem, Inſtit. quod cum eo, qui* ſignificatur haut obſcurè dominum deducere non ſolùm id, quod ſervus domino debet, ſed quod debet etiam his, qui ſunt in ipſius poteſtate. Quare cum ſervus debere poſſit illis, qui in ejuſdem domini poteſtate ſunt, ſequitur inde, quod per eos domino vel patri naturalis

O 6 obli-

obligatio, qua illis ſervus obſtrictus eſt, non acquiratur, ſed in perſona illorum conſiſtat.

Verùm hæc ſententia pleriſque diſplicet atque ex profeſſò refutatur a Johanne Roberto *1. animadv. 6. cum duab ſeqq* Leſcurius *in comm ad l. 38. de condict. indeb.* ibidemque Gilckenio Andr. Cludio *in tr. de cond indeb. c. 4. n. 42. & ſeqq.* Hugone Donel. 14. *com.* 19. & Jacob. Cujacio *in tractat. 9. ad Africanum in d. l 38.* Qui omnes, rejectis Hotomanni argumentis, contendunt, obligationem naturalem non minus, atque civilem, patri per filium, domino per ſervum acquiri: Fundamenta illorum hæc ſunt.

1. Quia regula juris eſt, quod quicquid acquirit filius id acquirat patri, *l. 1. ff. ſi à patre quis man.* Acquirit ergo & naturalem obligationem, ſi hanc eſſe aliquid intelligimus.

Nec eſt, quod hîc excipiat Hotomannus, hanc regulam pertinere ſolùm ad ea, quæ civiliter & non ad ea, quæ naturaliter acquiruntur, ſive ad ea, quæ juris civilis ſunt, non quæ juris ſunt naturalis: Quod enim ad ea quoque, quæ juris ſunt naturalis ac naturaliter acquiruntur prædicta regula pertineat, colligitur primò

ex

ex eo, quod dominium & poſſeſſio naturaliter acquiratur, *l. Ea quæ ff. de acquir. domin.* Et tamen utrumque patri per filium acquiratur, *l. 10. §. 1. & 2. ff. de acquir. domin.* Sic & obligationes, licèt maxima ex parte ex jure gentium proficiſcantur, *l. 5. ff. de juſtic. & jure.* per filium tamen patri acquiruntur, *d. l. 10. § 1. & §. 1. per quas perſon. nob.* O. Atqui obligatio juris gentium eſt naturalis, *l. cum amplius, §. Naturâ, ff. de R. I.* Et quod iſta regula generalis ſit ad res quaſcunque pertinens probat, *l 79. de R. I.* in qua Ulpianus *placet*, inquit, *quoties acquiritur per aliquem hereditas vel quid aliud ei cujus quis in poteſtate eſt, neq; momento aliquo ſubſiſtere in perſona ejus, per quem acquiritur & ſic acquiri ei, cui acquiritur.* Ubi notandum quod JCtus generaliter loquitur. *Non tantùm hereditatem, ſed & aliud quid*, patri vel domino acquiri, in cujus poteſtate eſt filius, vel ſervus.

2. Quia quod ſervo debetur hoc domino deberi intelligitur, *l 8. §. peculium, ff. de pecul.* ibi Ulpianus. *Et ſi quid, ait, iis debetur, qui ſunt in poteſtate ejus, quoniam hoc quoq; domino deberi nemo ambigit:* At ſervo nihil debetur civiliter, *l. 32. de R. Iur. l. ſervi 14. ff. de O. & Act. l. 48. ff. de pecul.* Igitur obligatio naturalis per ſervum acquiritur domino:

mino: Quòd ſi hoc, conſequens eſt, per filium quoque obligationem naturalem patri acquiri: quia non aliter domino per ſervum, quàm patri per filium, qui in patris poteſtate eſt, acquiritur, *§. 1. per quas perſon. nob. acquir.*

Equidem hoc argumentum longè firmiſſimũ conatur Hotoman. hoc dilẽmate ſubvertere: Iſtud debitum, quod ſervus domino acquirere dicitur aut naturaliter æſtimatur, aut civiliter. Si naturaliter, perſpicuè id falſum eſt, quia natura ſervilem conditionem non agnoſcit, *d. l. 32 de R. I.* Igitur eo jure tam debet dominus ſervo, quàm hic illi. Sin autem civiliter æſtimatur, multò abſurdius: Nam civiliter debitum inter dominos & ſervos non dicitur, *l. 41 de pec. l. 16. §. fidejuſſ. ff. de fidejuſſor.*

Verùm nihil agit Hotomannus & in caſſum laborat; quia obligationẽ, quæ per ſervum domino acquiritur naturalis eſt, ſed non ex eo jure naturæ, quo omnes homines dicuntur ſortis æqualis, quodq; ſervilem conditionem non agnoſcit; verùm ex jure ſecundario, quod & jus gentium dicitur, *§. ſingul. I. de R. D. l. Hoc ampl. §. fin. ff. de R. I.* unde pleræq; obligationes itemque manumiſſiones & ſervitutes deſcendunt, *l. 5. ff. de Inſtit. & jure.* originem habet.

3. In-

3. Inſuper obligationem naturalem patri per filium acquiri, ex *l. 38 ff de condict. indeb.* colligitur. In ea enim filius, qui mutuam pecuniam à fratre accepit, *debitor* vocatur & quidem debitor ejus, cujus eſt filius h.e. patris. Si ergo debitor eſt patris, patrem quoque obligationem habere, & patri obligationem eſſe acquiſitam.: Ille enim debitor dicitur, qui nobis obligatus eſt, & verbum *debetur* obligationem præſupponit. De debitore etiam patris JCtũ loqui ex eo liquet, quod JCtus de teſtatore verba facit & à teſtatore patre, filio peculium prælegatum eſſe tradit, hujus autem filium *debitorem* appellat: Igitur de alio, quàm patris debitore, hic debitor intelligi non poteſt.

4. Deniq; filio vel ſervo herede inſtituto pater & dominus, qui hereditatem cõprobarunt, æri alieno ſunt obligati, *l. qui in alieno ſunt obligati. 6 ff. de acquir hered.* Datur ergo adverſus illos actio, è contra igitur illis quoq; actionem competere conſequens eſt, *arg. l. 10. de R. Iur.*

Solutio contrariorum.

Non obſtat primum Hotomanni argumẽtum: Nam quod dicitur obligationẽ naturalẽ acquiri per filiũ patri, accipiendũ

de

de ea obligatione, quæ & patri acquiri & in patris perſona conſiſtere poteſt: At talis eſt obligatio illa naturalis qua filio obſtringitur extraneus, non verò qua pater obligatur filio: Illa n. in perſona patris conſiſtere & patri acquiri poteſt: At hæc non item: quia ſi patri acquireretur ipſe pater ſibi deberet, eſſet ſimul creditor & debitor, contra quam jure eſt conſtitutum, *l 71. ff. de ſidejuſſor.* Donellus *d. c. 19.* Aliter hoc argumentum diſſolvit Cujacius, obligationem naturalem inquiens, per filium patri ipſo jure eſſe acquiſitam, quando pater cum filio paciſcitur vel cōtrahit, quia verò pater iſta acquiſitione non utatur pro acquiſita illam non haberi, ac perinde haberi, ac ſi patri acquiſita non fuiſſet. Petrus Gilckenius reſpondet: Etſi filius patri acquirit quicquid acquirit, *§. 1. I. per quas perſonas.* Idque ex fictione quadam juris civilis, *§. Ei verò, I. de inutil. ſtipulat.* Naturalem tamen conſtitutionem dictare, ex pactis naturalem obligationem natam eſſe ſervandam, *l 1. ff. de pact. l. 1. ff. de conſt. pecun.* Deinde eam interpretationem in dubio eſſe capiendam, quæ potius confirmet, id quod agitur quàm irritum conſtituat, *l. ſi quando, ff. de legat. 1. l. 1. ff. ad municipal.* Nam ſi inter patrem

trem & filium non naſcitur naturalis obligatio, quæ filio acquiratur in ejuſdemque perſona conſiſtat, conſectarium fore nihil inter patrem & filium actum eſſe, cum hujuſmodi obligatio patri contrà ſeipſum & pro ipſo acquiri nequeat, contra intentionem, mentem & ſententiam contrahentium, qua id volunt, & intendunt, idq; unicè agunt, ut pater filio obligetur, illaque obligatio ad patrem non recurrat. Poſtremò quamvis jura noſtra parentibus acquiſitionis commoda deferant; Id tamen locum non habet, qnando pater vel dominus expreſsè vel tacitè huic prorogativæ renunciat contrahendo ſcilicet cum filio; ſiquidem quilibet juri ſuo pro ſe introducto renunciare poteſt, *l pen. C. de pact.*

Ad ſecundum non eſt difficilis reſponſio: Nam diverſiſſima ratio eſt obligationis activæ & obligationis paſſivæ: ſeu, quod idem eſt obligationis filii debitoris & obligationis filii creditoris: Nam obligatio filii creditoris, quam activam appellant patri idcirco acquiritur, quia ad hoc filii in parentum conſtituuntur poteſtatem, ut meliorem illorum faciant conditionem ipſisque acquirant: Paſſivam verò obligationem patri non acqui-

rit

rit filius, quia melior conditio patris, ut dictum, per filium fieri poteſt, non verò deterior, *l. 133. de R. Iur.* æquum ſiquidem non eſt, eorum operam, qui ad uſum noſtrum parati ſunt, ad perniciem noſtram valere, *l. 4. §. 16 ff de dol. except.* Non obſtante eo, quod vox patris ſit vox filii, *d. §. Ei vero*: Nam id verum eſt, cum de rebus patri acquirendis agitur, *d. §. Ei vero.* Non verò cum de illis perdendis ac diminuendis; ſicut nec illud refragatur, quod ex qua perſona quis lucrum capit, ejus quoq; factum præſtare debeat, *l. 49. de R. I.* Ab hac enim regula excipiendi ſunt illi, qui in noſtra ſunt poteſtate.

Ad tertium Reſp. patriam poteſtatem formâ quidem & qualitate eſſe juris civilis, *d. §. 2 I. de patr. pot.* quoad genus tamen eſſe juris gentium, unde & plurimos habet juris naturalis effectus. Deinde fictionem iſtam & jure naturæ procedere ſatis arguit, *l fin. C de impub. & al. ſubſtit* In qua dicitur etiam NATURA filium & patrem pro una perſona haberi; ac proinde effectum iſtum patriæ poteſtatis non puto merè civilem, ſed & naturalem eſſe. Gilckenius non malè etiam diſtinguit inter obligationem ipſam & obligationis acquiſitionem; ſic ut illa quidem naturalis

ſit: At hæc civilis. Quam diſtinctionem non parum confirmat, quod dominium juris ſit gentium, *l ex hoc jure, ff. de Iuſtic. & jure.* acquiſito verò dominii poſſit eſſe civilis, veluti donatio, legatum & uſucapio.

Ad quartum idem reſponderi poteſt, quod ad præcedens. Nam jure naturæ etiam alius eſt pater, & alius eſt filius, & filius naturâ etiam in poteſtate parentis eſt: Et quod hoc etiam quoad naturalem obligationem procedat, inde pateſcit, quod alias naturalis obligatio nũquam in perſona filii conſiſtere & pater huic obligari poſſet: At hoc abſurdum, ut ex prædictis relucet. Neque reluctatur, *d.l.32. de R. Iur.* Nam quod illîc & hinc inde legitur, omnes homines æqualis eſſe conditionis & ſortis jure naturæ, id de ſtatu ſolùm libertatis accipiendum; jure ſiquidem naturali omnes homines liberi ſunt, *§.2. I. de jure Nat. Gent & Civil.*

Ad quintum reſpondendum eſt, obligationem naturalem, ipſo quidem jure patri per filiumfam. acquiri, quia verò pater filio peculii adminiſtrationem permittit & illâ acquiſitione non utitur, obligationem pro non acquiſita haberi: Mortuo autem filiofamil. peculium extingui & planè ad patrem reverti, &

patrem

patrem quaſi heredem filii dici, non quod ejus rei, cujus antea dominium habuit, dominus exiſtat, ſed quod impropriè & abuſivè heres eſſe cenſeatur, ut particula improprietatis *quaſi*, manifeſtè indicat.

Ad ſextum reſpondetur: Verbum debendi *in d. l. 6.* non naturalem & civilem obligationem demonſtrat, ſed factum, *l. 41. ff. de pecul l. 38 § hac quoq; ff. de V. obligat.*

Secunda opinio eſt Johannis Roberti qui *lib 1. animad v c 6. cum duob. ſeqq. & lib. 3. Not c. 6. cum duob: ſeqq.* ſtatuit obligationem naturalem patri per filium non acquiri, ſed tantùm ejus emolumentum, hoc eſt, omne commodùm naturalis obligationis exinde proveniens.

Fundamenta huius opinionis hæc ſunt:

1. In *l. 1. princ. ff ſi à parent quis manum.* ſcribit Ulpianus; Filiumfam. quodcunq; ſibi acquirit, ejus emolumentum patri acquirere. Quo ſignificari videtur, cum quid filiusfam. ſibi acquirit, non illud ipſum omninò patri acquirere, ſed ejus commodum omneque emolumentum. Ac proinde & in propoſito patri obligationem naturalem non acquiri, ſed tantùm ejus emolumentum, ſive commodum,

dum, quod ex hac naturali obligatione provenit.

2. Idem planè evincere videntur, *l. cum filiofam. in pr. verb.* per quos commodum *de legat. 1 l. 18. verb.* Eorum commodum, *de R. Iur. pr. I per quas perſonas nob. obligat. in verb* quod ab actione commodum. Ex quibus juris textibus clarè relucet, rerum per filium acquiſitarum commodũ ſolùm, non etiam res ipſas patri acquiri.

3. Patria poteſtas juris civilis eſt. Ergo jure patriæ poteſtatis, civilis, non naturalis obligatio patri acquiri poteſt.

4. Civilis ratio civilia tantùm jura tollere & corrumpere poteſt, non autem naturalia: At patria poteſtas, cujus vi, quæ à filiofam. acquiri contigit, ipſi patri quæruntur, ſolo jure civili introducta eſt. Ergo civilis rationis vi, naturalis obligatio, filiof. quæſita, ei, ut in patrem transferat, adimi & tolli non poteſt.

5. Unumquodque eo modo diſſolvi debet, quo colligatum eſt: At naturalis obligatio, quæ ipſis ſervis acquiritur ſolo naturali jure introducta eſt. Ergo ea, vi dominii, jure gentium, non autem jure naturali introducti, ſervo, cui quæſita eſt, adimi & in dominum transferri non poteſt.

6. De-

6. Denique in *l.25.§.ſi ſervo 5 ff de uſufr. ut & in l.118 de V.ſign.* hæc traditur regula: *quod quis ab alio ſtipulando mihi acquirit, id à me ſtipulando nihil agere.* Cui conſequens eſt naturalem obligationem patri, vel domino per ſervum, aut filium non acquiri.

Sed nec hæc ſententia admittenda eſt. Quod enim patri per filiũ & domino per ſervum non modò rei emolumentum & cõmodum, ſed res ipſa quoq; acquiratur multis iiſdemque haut contemnendis rationibus evincitur. Etenim Modeſtinus *in l. Ea quæ.53.ff. de Acquir.dom.* ait: *Ea quæ civiliter acquiruntur per eos, qui in poteſtate noſtra ſunt, acquirimus, veluti ſtipulationem, quod naturaliter acquiritur, ſicut eſt poſſeſſio, per quemlibet volentibus nobis poſſidere, adquirimus.* E quibus verbis perſpicuè relucet, id quod acquiritur per filium, patri acquiri: Id quod etiam claris & perſpicuis verbis confirmat Juſtinianus *in tot. tit. I. per quas perſon. nob. acquir.* Nec non Ulpianus *in l.79. ff. de Acq. vel omitt. hered.* ubi ait: *Placet quotiens per aliquem acquiritur hereditas, vel quid aliud ei cujus quis in poteſtate eſt, confeſtim acquiri ei cujus eſt in poteſtate, neq; momento aliquo ſubſiſtere in perſona ejus, per quem acquiritur & ſic acquiri ei, cui acquiritur.*

ur. quæ utique verba evincũt ipſam here-
.itatem, aliasq; res per filium acquiſitas,
atri acquiri; & non ſolùm illarum emo-
umentum; ſic ut res per filium quæſitæ in
jus perſona ne momento quidem conſi-
ant, ſed confeſtim ad patrem tranſeant.
.t quanquam Robertus adductam, *l. 79.*
e hereditatis cæterarumq; rerum emo-
ımento duntaxat interpretetur; Refra-
antur tamẽ huic interpretationi ſingula
ene legis ꝟba, ut ex modò dictis pateſcit.

Solutio contrariorum.

Nec contrarium probant argumenta
.oberti: Nam quod ad primum ex *l. 1. ff. ſi
par. quis man. dic.* reſpondeo per *emolumẽ-
um* illîc ipſam intelligi obligationem:
uoniam emolumentũ obligationis re-
era nil aliud eſt, quàm ipſa obligatio, ſi-
uti etiam emolumentum legati nihil a-
ıud eſt, quàm legatum: Emolumentum
ereditatis ipſa hereditas emolumentum
ctionis ipſa actio; Id quod conjunctione
c collatione hujus, *l. 1.* cum textibus à
obis modò adductis ſatis probatur.

Ad ſecundum reſpondetur idem quod
d præcedens: Nimirum in *l. cum filiofam.*
er commodum hereditatis ipſam here-
itatem intelligi: Idq; inde relucet, quòd
regula,

Digitized by Google

regula, cujus ratio de emolumento hereditatis concepta eſt, de hereditate & non de emolumento hereditatis loquatur. Sic & *l 18 de R. Iur.* per commodum legati ipſum legatum ſignificatur.

Nec refragatur huic ſolutioni, quod regerit Robertus: Si commodum hereditatis pro ipſa hereditate accipiatur, tum hereditatem pro ipſis rebus hereditariis accipi, cum tamen hereditas à rebus hereditariis ſit diverſiſſima, ut quæ incorporalis ſit atque in jure conſiſtat. ℞. Nam etſi hereditas propriè pro jure capiatur, non tamen raro in jure noſtro pro rebus, quæ ſunt in hereditate, uſurpatur, §. *hereditas, I de hered. inſtit.*

Tertio, ut & *Quarto* argumento ſupra in reſponſione ad Tertium fundamentum Hotomanni ſatisfactum eſt: Nam ad patriam poteſtatem non tantùm ea, quæ juris civilis ſunt, ſed etiam, quæ juris ſunt naturalis, referri ibidem oſtenſum fuit.

Ad quintum reſpondeo: Quamvis naturalis obligatio jure naturali ſit introducta; tamen nihil impedire, quo minus ea per ſervum domino acquiri dicatur: Imò quia naturalis obligatio jure naturali eſt introducta ejúſque ſervus capax eſt, multò magis domino per ſervum eam acqui-

acquiri ſtatuendum eſt. Deinde ex recepta Logicorum doctrina reſponderi poteſt, plus eſſe in concluſione, quàm in præmiſſis. Denique licèt inter dominum & ſervum ſit vinculum juregentium adinventum, attamen hoc ipſum nihil impedit, quo minus illud, quod juris naturalis eſt, à ſervo acquiſitum in dominum transferatur: Nec enim juris naturalis ratio immutatur, ſi naturalis obligatio vi & vigore patriæ poteſtatis aut dominii, patri vel domino acquiritur: Nam permanet, & immutata juris naturalis ratio relinquitur, neque diſſolvitur aut tollitur obligatio naturalis, ſed tantummodo ea acquiſita in alium transmittitur: Nam civilis ratio & poteſtas eſt medium ſaltem, quo naturalis obligatio, jam quæſita, transmittitur, neque per eam immutatur, aut extinguitur; ſed potius conſervatur & alteri acquiritur.

px *Ad ſextum* reſpondetur. Ex contractu, inter patrem & filium inito, naſci obligationem naturalem, ac patrem filio & è contra filium patri naturaliter obligari, & obligationem naturalem inter patrem & filium conſiſtere; ſecus autem eſſe, quando filius cum alio quàm patre contrahit vel paciſcitur, cujus diverſita-

P tis

Digitized by Google

tis ratio ſupra ad argumentum Hotomanni primum fuit expoſita.

Quæstio IV.

An ex pacto conjuncta perſonæ veluti filio emancipato nepotibus ex filia &c. acquiri poſſit?

PEr extraneam perſonam, quæ in poteſtate noſtra non eſt, nihil paciſcendo nobis acquiri ſupra oſtenſum eſt: Sic enim JCtus *in l. quo tutela*, §. *fin. ff. de R. Iur.* Neque paciſcendo neq; ſtipulando quiſquam alteri cavere poteſt. Excipiēdam tamen nonnulli exiſtimant perſonam ſanguine junctam, cui paciſcendo cavere & obligationem nec non actionem, ſi pactum ſit non-nudum vel legitimum, acquiri exiſtimant. Atque ita Cujacius ad *l.* 38. §. *Alteri in tractat.* 6. *ad Africanum* & Franc. Hotomannus 4. *obſervat.* 8. atque horum fundamenta hæc ſunt.

1. In *l.* 7. *C. de pact. convent. tam ſup. dot.* Imperatores *pater*, inquiunt, *pro filia dotem datam genero eâ prius in matrimonio defunctâ nepotibus pactus reſtitui, licèt his actionem quærere non potuit, tamen utilis eis ex æquitate accommodabitur.* Ecce hîc disertè proponitur avus maternus nepotibus

cibus ex filia ſua ſtipulando, vel paciſcendo utilem quæſiviſſe actionem.

2. In *l.26 pr. ff. depoſ.* mater filio ex contractu depoſiti actionem acquiſivit: Publia enim Mævia arcam clauſam depoſuerat apud Sejam, eâ lege, ut ſi quid ei humanitus contigiſſet, tum filio Publiæ reſtitueret: defunctâ verò Publia, dicitur filio arcam reſtituendam, eidemque de arcula actionem competere.

3. In *l.45. ff. ſolut matrim.* proponitur itidem avum maternum ſtipulatione ſua utilem quæſiiſſe nepotibus actionem.

4. In *l. quodcunq;, §. ſi ita quis, ff. de V. oblig.* Pater ita, ſtipulatus poſt mortem ſuam filiæ ſuæ dari, utiliter dicitur ſtipulatus.

5. In *l.37 § 5 ff. de legat 3.* ex conventione patrui actio quæritur utilis.

6. In *l.* 8 *C. ad exhib.* alteri rem Titii commodans aut deponens, Titio utilem commodati vel depoſiti actionem acquirit. In *l. 4. C. ſi cert. pet.* acquiritur condictio ei, cujus nomine ab alio fuit numerata pecunia & in *leg. 9. §. ſi nummos, ff. de Reb. credit.* Idem inculcatur.

7. In *l. 3. C. de donat. quæ ſub modo* donatione ita alicui factâ, ut poſt tempus,

quod donatum eſt, alii reſtituatur, dicitur ex tali donatione actionem utilem alii quæſitam eſſe.

8. In *l.5.ff.de oper.lib.* Is, qui à liberto ſuo operas ſtipulatur ſibi liberiſque ſuis, dicitur utiliter & liberis ſtipulatus.

9. In *l.55.ff.de V.Obligat.* hæc ſtipulatio *mihi, aut Titio dabis*, valet & Titius in jure dicitur adjectus.

Contrariam ſententiam, quod ne quidem per conjunctam perſonam nobis actio acquiratur, defendunt Donell. 12. *Com.17.& 18.* Giphan. *ad L.11. de obligat. & Act.* Anton.Fab. *1.conject.4. & 19.conject.17. 18.& 19.* Gœdd. *de contrah.ſtipulat.c.10 n.43.*

Illorum hæc ſunt argumenta.

In *d.l.38.§.Alteri de V.Obl.& in d.§.4. I.de inutil.ſtipul.* dicitur; Alteri neminem poſſe acquirere obligationem & actionem; ſoli excipiuntur illi, qui in poteſtate noſtra ſunt. Ergo his exceptis, utiliter cæteri nobis ſtipulantur. Exceptio quippe cõfirmat regulam in caſibus non exceptis. Et quanquam Cujacius alibi conjunctas perſonas excipi dicat; id tamen longè ſecus ſeſe habere pòſt demonſtrabitur.

2. Confirmat deinceps hanc ſententiam, *l.ſi genero 26.C.de dot.* in qua pater filio

lio emancipato, ſive, quod idem eſt, extraneo conſtituto ſtipulatus, actionem ei quærere non potuit, quod licet Cujacius & diſſentientes ſolùm de actione directa intelligant, fundamentum tamen hujus nullum habent, ac his rationibus refutantur, *primò* quòd ſi de directa ſolùm actione Imperatores ſenſiſſent, id procul dubio expreſſuri fuiſſent. *Secundò* quia quod de genere prædicatur, idem quoque de ſingulis ejus generis ſpeciebus accipi debeat, maximè cùm actio utilis non minus ſit actio, atque directa. *Tertiò* quia reſponſum Imperatoris ad quæſtionem & conſultationem accommodatum fuiſſe præſumitur: Quæſtio autem non fuit, an filio directa actio, ſed an actio eſſet à patre quæſita? *Quartò* quia eodem contextu & ſtructura orationis ſcribunt Imp. patrem nec ſibi, ceſſante voluntate, nec filio, ceſſante jure, quærere potuiſſe actionem: Atqui perſpicuum eſt, patrem non potuiſſe ſibi acquirere ullam actionem, neque directam, neq; utilem. Ergo in eodem verbo, quod ſimul ad filium refertur, eandem actionem intelligi oportet, *arg. l.* 4 *§.* 1. *ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.*

3. Idem probatur, *l. pactum dotale, C. de*

pact. convent. In qua diſertè Imperatores reſcribunt: Niſi liberi ipſi dotem ſibi reddi ſtipulati eſſent, matrem non potuiſſe ipſis actionem quærere.

4. In *l. Pater, 23 ff. de pact. dotal.* Ubi cum proponeretur pater filiæ ſuæ nomine dotem dediſſe genero ſuo & pactus eſſe, ut ſi filia uno pluribusvè liberis ſuperſtitibus moreretur, maritus partem duntaxat tertiam dotis retineret, reliquum verò ſibi, aut liberis ſuis reſtitueret, dicitur liberis actionem quæſitam non fuiſſe.

5. In *leg. 26. de pact. dotal.* ex pacto filiæ dicitur nullam actionem matri quæri. Ergo nec directa, nec utilis: Siquidem actio illa non eſt nulla, quæ utilis eſt, cùm in effectu idem quod directa valeat, *l. 47. ff. de Neg. geſt.*

6. In *leg. 59. §. final. ff. ad SC. Trebell.* proponitur filia à marito ſtipulata dotem matri ſuæ poſt ſuam mortem dari. Nec tamen matri ex ſtipulatione hac filiæ actionem competere.

Solutio contrariorum.

Ad primum ex *leg. 7. C. de pact. convent.* deſumptum reſpondetur, illîc pa-

trem

Digitized by Google

trem non acquiſiviſſe actionem vel obligationem filiæ, ſed eam, quam dotis dationc ſibi jam acquiſierat, *leg. 6 ff. de jure dotal.* transferre ad nepotes illisque ex æquitate accommodare, quod cuivis conceſſum eſt: Diverſa autem hæc eſſe actionem acquirere alteri & actionem ſibi quæſitam ad alium transferre manifeſtum eſt: Homo ſiquidem liber alteri non acquirit, §. *final. Inſt. per quas perſon.* Sed tamen rem ſibi quæſitam ad alium rectè transfert, § *per traditionem, I. de R. Diviſ.*

Ad ſecundum reſp. In *d. leg. 26. depoſ.* depoſitum eſſe filio Publiæ Mæviæ reſtituendum non ex cauſa depoſiti, ſed ex cauſa, fideicommiſſi, quod etiam ab inteſtato & à depoſitario relinqui poteſt, *leg. 77. ff. de legat. 1. leg. 32. princip. de leg. 3.* Deinde, poſito, filio in caſu *d. leg. 26.* competere utilem depoſiti actionem atque arcam ex cauſa depoſiti non fideicommiſſi reſtituendam: Tamen actio illa depoſiti non primùm atque directò filio acquiſita fuit. Sed matri prius ex depoſito acquiſita in filium à matre fuit translata.

Ad tertium reſpond. In *leg. 45. ff. ſolut.*

Digitized by Google

matrim. avum maternum acquiſiviſſe nepti actionem non propter ſolam affectionem perſonarum, ſed & propter favorem dotis, cujus in intuitu id ſpecialiter illîc conſtitutum eſt. Inſuper & hîc avus ſibi prius actionem quæſierat, dum ſibi & Sejo ſtipulatus fuerat, eamque ſibi quæſitam poſtea ad neptem tranſtulerat. Quod autem JCtus nominatim facit mentionem affectionis perſonarum, id eò ſpectat, ut intelligamus, non ſolùm dotis favorem efficere poſſe, ut actio utilis ex ſtipulatione alteri acquiratur, niſi accedat etiam affectio ſingularis perſonarum.

Ad quartum ℞. In *d. l. Quodcunq;* non id velle JCtum quod pater filiæ quidvis ſtipulari poſſit, ſed quod quibus in cauſis pater filiæ ſtipulari poteſt, in his ſi addiderit *poſt mortem meam* non minus eum rectè ſtipulari, quàm ſi *vivo eo* dari ſtipulatus eſſet.

Ad quintum ℞. In *l. 37. §. 5. de leg 3.* non hoc quæri an actio directa, vel utilis fuerit fratris filio per patruum quæſita, ſed an ad depoſitam pecuniam probandam ſufficiant illa verba codicillorum quibus teſtator juſſerat dari pecuniam fratris filio apud alium depoſitam, hoc addito

quod

quod depoſitarius jurarit patruo, ſe pecuniam illam aliquando fratris illius filio reſtituturum: & licèt fratris filius agat depoſiti actione; id tamen ideò fit, quia patruo heres extiterat, non quia ipſi ex pacto patrui actio quæſita fuerat: præterea reſponderi poteſt & hîc, actionem ex depoſito prius patruo fuiſſe acquiſitam, eamq; poſtea ad fratris ipſius filium translatam.

Ad ſextum reſpondeo, ex illis contractibus, qui re perficiuntur, poſſe alteri obligationem acquiri per alterum, ſi hic illius nomine pecuniam crediderit alteri, vel pecuniam alterius crediderit, depoſuerit vel commodarit, cùm actio hîc non tam ex contractu dantis, quàm ex contractu ejus, cujus pecunia fuit, proficiſci intelligatur; ſiquidem is mutuum, depoſitum commodatum contraxiſſe intelligitur, cujus pecunia fuit, *l.3.§.fin ff. de donat. inter vir. & uxor.* Et hunc caſum, quo alterius nomine pecunia fuerit data à ſuperiori regula, qua dicebatur, nemini per alterum actionem acquiri, excipiendum, ſatis oſtendit Juſtin. *in l. 2. C. de per quas perſ. nob. acquir.* Cum enim *in l. præced.* eam propoſuiſſet regulam, quod per liberam perſonam actio nobis non acquiratur, ſta-

rim in *l. ſeq. 2.* ita ſubjicit: *Cum per liberam perſonam, ſi pecunia alterius nomine fuerit numerata, acquiratur quidem ei, cujus nomine pecunia credita eſt per hujuſmodi numerationem condictio, &c.* Quocirca in *d. l. 8. C. ad exhib.* actio Titio acquiritur ex commodato, vel depoſito, quia re Titii illud contractum fuit: In *d. l. 4. & d. l. 9. §. ſi nummos,* alii ex alterius contractu competit condictio, quia ille hujus nomine pecuniam crediderat.

Ad ſeptimum ℞. Alteri qui noſtræ poteſtati ſubditus non eſt directò ſtipulari non licere, verùm ſibi ſtipulari & per hoc obligationem & actionem acquirere; eamque ſibi acquiſitam in alium transferre utique permitti. Quare in *d. l. penult.* actio non directò alteri acquiritur, ſed prius ſtipulatori quæſita in alium transfertur, prout etiam in antecedentibus aliquoties reſponſum fuit.

Ad octavum reſpondetur; in patronos operas ſibi & liberis ſuis ſtipulante hoc ſingulare eſt, ut non modo ſibi, ſed & liberis ſuis actionem acquirat, tum quia operæ per ſe & naturâ debentur liberis tanquam patronis, *l. 26. §. 12. ff. de cond. indeb.* Tum quia alioquin liberis, quamvis pater ſtipulatus non fuiſſet, nihilominus o-

peræ deberentur, *l. ut juriſjur. ff. de oper. liber.*

Ad nonum & ultimum RL. In caſu, *d. l. 55.* Titio adjecto non acquiri obligationẽ, ſed in eum ſolutionẽ duntaxat transferri.

QUÆSTIO V.

An pacto procuratoris domino proſit vel noceat?

PRocuratorem ſi ſpeciale habeat mandatum de eo, ut paciſceretur domino & nocere & prodeſſe expeditum eſt; ſiquidẽ tunc non tam procurator, quàm ipſe dominus per procuratorem pactus intelligitur. At ſi ſpeciale mandatum non habeat, ſit tamen univerſorũ bonorum procurator, quæritur an pactio ejus domino noceat aut proſit? Aſſerunt hoc poſterius JCti apertè *in l. 10 & ſequent. ff. de pact.* ubi in hæc verba ſcribunt: *Plerumq; ſolemus dicere doli exceptionem ſubſidium eſſe pacti exceptionis, quoſdam deniq;, qui exceptione pacti uti non poſſunt doli exceptione uſuros & Iulianus ſcribit & pleriq; conſentiunt; ut puta ſi procurator meus paciſcatur, exceptio doli mihi proderit, ut Trebatio videtur, qui putat, ſicut pactũ procuratoris mihi nocet, ita & prodeſſe. Quia & ſolvi ei poteſt: Nã & nocere conſtat, ſive ei mandavi, ut paciſceretur, ſive omnium rerum procurator fuit.*

Non adverſatur huic, quod ſicut procuratoris pacto nec utilis actio do-

mino acquiritur; ita quoque nec exceptio domino acquiratur; adeoq; pactum procuratoris non proſit domino.

Sicut nec illud, quod per procuratoris perſonam; cùm libera ſit; nihil omninò nobis acquiri poſſit, exceptâ cauſâ poſſeſſionis, in qua hoc ſpeciali jure utilitatis cauſa receptum eſt, *l. 1. & 2. C. per quas perſon. l. 8. C. de acquir. poſſ.*

℞. Nam pactum procuratoris prodeſt domino; ſed hactenus ſolùm, ut pariat & acquirat ei exceptionem doli, quia dolo facit qui venit adverſus propriam conventionem: At hactenus non prodeſt, ut acquirat domino exceptionem pacti, quia verum eſt pactũ ejuſmodi inter alios eſſe geſtum; *l. 27. §. §. Ante omnia, ff. de pact.* Doli igitur ſolùm exceptio datur ex pacto procuratoris domino: Hæc autem ideò datur domino, quia ſolius æquitatis naturalis finibus coercetur, habetque locum, quoties per occaſionem juris civilis aut prætorii venit quis contra naturalem æquitatem factumque proprium, *l. 1. ff. de dol. except.* Adde quod facilius detur exceptio, quàm actio & ob id non ſequatur procurator nobis non acquirit actionem; igitur nec exceptionem.

Quæ-

QUÆSTIO VI.

An ex pacto procuratoris, ſi ſit legitimum, vel non-nudum, domino actio ſaltem utilis acquiratur?

ACtionem directam per procuratorem nobis non acquiri, certum & expeditum eſt, ſed an utilis actio per eundem nobis acquiratur, dubium & controverſum eſt: Sunt enim quibus Affirmativa placet, propter ſequentes rationes:

1. In *l. 27. § fin. cum l. ſeq. ff. de procurat.* expreſsè dicitur, utilem actionem domino per procuratorem acquiri: Verba hæc ſunt: *Sed etſi à domino, vel procuratore, in procuratorem judicium transferatur, non dubitat Marcellus, quin committatur ſtipulatio. Et hæc vera ſunt Et licèt procuratori commiſſa ſit ſtipulatio; tamen domino erit danda utilis ex ſtipulatu actio, directa penitus tollenda: Si procurator meus judicatum ſolvi ſatis acceperit, mihi hæc ex ſtipulatu actio utilis eſt, ſicut judicati actio mihi indulgetur.*

2. In *l. 86. eod. tit. de procurat.* ait Papin, Quod ſi procurator ex re domini, mandato refragante, ſtipulatur; invito procuratore, dominus petere poteſt.

3. In *l. 13 §. 25. de Act. empt.* ex contractu procuratoris dicitur actio utilis dari do-

Digitized by Google

mino & in dominum: *Si procurator*, ait Ulpianus, *vendiderit & caverit emptori, quæritur, an domino vel adverſus dominum actio dari debeat. Et Papinianus lib. 3. Reſponſorum putat, cum domino exempto agi poſſe utili actione ad exemplum inſtitoriæ actionis, ſi modo rem vendendam mandavit. Ergo & per contrarium dicendum eſt, utilem ex empto actionem domino competere.*

4. In *l. 18. §. fin. ff de damn. infect.* ex procuratoris de damno infecto ſtipulatione dicitur actio competere domino.

5. Similique modo de omnibus prætoriis ſtipulationibus *in l. 5 ff. de prætor. ſtipulatione*, expreſsè definitur quod ex illis utilis domino per procuratorem acquiratur actio.

6. In *l. 97. de V. Oblig.* ſi procuratori fuerit cautum, ex ſtipulatu actionem utilem domino competere Ulpianus ſcribit.

Cæterùm contraria ſententia quod ne utilis quidem actio per procuratorem domino acquiratur, verior eſt: Donell. *12. Comm. 18. & ad L. 38. §. Alteri de V. Obligat.* Ibidemque Cujacius & Giphan. Duarenus & Zaſius. Robert. 2. *Recept. lect.* 4. Pacius 2. *q.* 35. Gomez. 2. *Reſolut.* 11. Anton. Fab. *in l. 27. §. fin. cum l. ſeq. ff. de procur.*

1. Nam primo *in l. 1. C. per quas perſon. nob.*

nob. acquir expreſsè Dioclet. & Maximin. ſcribunt: Per procuratorem actionem nullam acquiri. Quod ſi nulla. Ergo nec utilis. Verba Imperatoris hæc ſunt. *Excepta poſſeſſionis cauſa per liberam perſonam, quæ alterius juri non eſt ſubdita, nihil acquiri poſſe, indubitati juris eſt. Si igitur procurator non ſibi, ſed ei, cujus negocia adminiſtrabat, redintegratæ rei vindicationem pactus eſt, idq; pactum etiam ſtipulatio inſecuta eſt, nulla domino obligatio acquiſita eſt.*

2. Accedit huic, quod *in l. 11. ff. de obligat. & Act. l. 38. §. ſi alteri de Verb. Obligat. & § 4 I. de inutil. ſtipulat.* regula proponitur, quod alteri nemo actionem vel obligationem acquirere poſſit, ſolis illis, qui in noſtra ſunt poteſtate exceptis, quæ exceptio regulam confirmat in caſibus non exceptis.

3. Adde quod cùm in *l. 116 de Verb. obligat.* libertus, licèt rem agat patroni, ſtipulando ei non acquirat obligationem, eò quod per liberam perſonam nulla obligatio nobis acquiratur, ideo extraneus procurator multo minus actionem nobis acquirere valeat.

4. Confirmat idem quoque expreſsè *l. 11. §. 6. ff. de pign. action.* In qua Ulpianus *per libe-*

Digitized by Google

liberam, inquit, *perſonam pignoris obligatio nobis non acquiritur; Adeo, ut ne per procuratorem plerunq; acquiratur, & ideo ipſe actione pignoratitia convenietur.*

Solutio contrariorum.

Ad primum ex *l.27. §. fin. & l. 28. petitum* ℞ In *d.l.27. § fin. & l. ſequent.* Procuratorem non directò actionem utilem domino acquiſiviſſe, ſed actionem, ſtipulando prius ſibi quæſitam, in dominum tranſtuliſſe, juxta *d.l. penult. C. ad exhib. l. 8. C. de donat. quæ ſub modo.* Quæ cùm in procuratore fuerit directa, utilis eſt in domino: Nam directa nunquam domino acquiritur, niſi procurator eam ceſſerit.

2. Deinde ſi utilis actio illîc per procuratorem acquiritur domino, id inde fit, quia per prætorem lis transfertur in dominum; quæ litis translatio ſimul translationem actionis inducit. Denique ſtipulatio, de qua *in d. l. 27.* & ſequentibus agitur, prætoria eſt; Prætoriarum autem ſtipulationum id ſingulare eſt, ut ex illis utilis actio domino per procuratorem acquiratur; Ita enim *in l. 5. ff. de ſtipulatione prætor.* hac de re diſſerit Paulus: In omnibus prætoriis ſtipulationibus hoc ſervandum eſt, ut ſi procurator meus ſtipuletur mihi,

mihi, causâ cognitâ, ex ea ſtipulatione actio competat, ratio autem hujus hæc eſt, quod hæ ſtipulationes prætoriæ interponantur, non tam, ut novum jus acquiratur, quàm, ut vetus ſervetur. Alii reſpondent *in d l. 27. & l. ſeq.* ideò utilem actionem domino acquiri, quia ibi procurator ex re domini aliquid ſtipulatus cùm naturâ ſit æquum, ut quod ex re domini profectum eſt, ad eundem revertatur, §. *1. I. per quas perſonas.* Poſtremò Robertus diſtinguit, ut ſi verus procurator ſtipuletur, tum domino actionem nullam acquirat, quia talis nec mandanti domino ſtipulari poſſit, *d. l. 1. per quas perſon.* nec aliter negotium gerere valeat, niſi in ſuam perſonam id conferendo, *l 5 § 6. ff. de conſtit. pec.* Nec obligationem aliter, quàm ceſſione in dominum transferre queat, *l. 5. §. ult. mandat.* Sin verò ii ſtipulantur, per quos quaſi internuncios ac miniſtros negocium ipſi gerimus, nudum illis miniſterium præbentibus, qui & minus propriè procuratores appellantur, *l. 43. §. 1. ff. de furt.* tùm utilis actio per eos nobis acquiratur.

Ad ſecundum reſponſio extat in ipſo textu, *d. l. 68.* Nam ibi ratio indicatur, quare utilis actio per procuratorem ac-

qui-

Digitized by Google

quiratur domino, quia ſcilicet procurator aliquid ex re domini fuerit ſtipulatus, fortaſſis ex re vendita precium. Quo caſu modò dictum eſt utilem actionem domino competere, quia ſit æquum, ut ad dominum id revertatur, quod ex re illius & ſubſtantia profectum eſt, *d.* §. *1. l. per quas perſon. nob.*

Ad tertium reſpondetur idem, quod ad præcedens fundamentum: Nam actio utilis, quæ in caſu, *d. l. 13.* §. 25. datur domino ex re ipſius domini, à procuratore vendita, erat profecta. Deinde ſolet quoque reſponderi, quod etſi regulariter ex contractu procuratoris non detur actio utilis domino, id tamen ſecus tunc ſeſe habeat, quando dominus rem ſuam aliter ſalvam habere non poteſt, quam ſi ex procuratoris ſtipulatione actio ei detur: Id autem tunc accidit, cum procurator abeſt, nec poteſt actionem directam domino cedere, aut cum præſens quidem eſt, ſed actionem cedere non vult atque utroque caſu non eſt ſolvendo, de quo caſu, *d. l. 13.* §. 25. accipiendam monet Donellus. Idem quoque reſpondet ad *l. 1. & 2. ff. de Inſtit. act.*

Ad quartum reſpondetur idem, quod poſtremò fuit reſponſum, etiam ad *l. 18.* §. *fin.*

§ final. ff de damn. infect. reſpondendum exiſtimat Donellus quod nempe ex procuratoris contractu tunc acquiratur domino utilis actio, quando aliter ei res ſalva eſſe non poſſet. Et hoc fortaſſis eſt quod ait JCtus, *cauſa cognita actionem domino competere*: In cauſæ enim cognitione verſatur, utrum aliter res domino ſervari poſſit.

Ad quintum reſponſio jam ex antecedentibus patet, quod ſcilicet ſtipulationes prætorio hæc ſpeciale habeant, quod actio utilis domino per procuratorem ex illis acquiratur: Excipiuntur proinde à regula, *d. leg. 1. C. per quas perſonas.*

Ad ſextum R. In caſu, *d. leg. 79. de Verb. Obligat.* procurator aliquid, præſente domino erat ſtipulatus: Hoc autem cum fit, intelligitur hæc mens & hæc cogitatio eſſe contrahentium, ut quemadmodum dominus id, quod geritur ad ſe pertinere ſua præſentia confirmat, ita contrahentes, quod illius nomine geritur, quod illum in ea re velle intelligunt, pariter ad eum pertinere velint,

Qua-

Digitized by Google

QUÆSTIO VII.

An uni ex futuris heredibus proſpici poſſit, ſicut cæteris non conſulatur?

VIdetur ad quæſtionem hanc omninò Affirmativè reſpondendum: Primò quia id expreſsè *in l. Avus 33. ff. de pact.* aſſeritur, ubi Celſus ita ſcribit: *Avus neptis nomine, quæ ex filio habebat dotem promiſit & pactus eſt ne à ſe, neve à filio ſuo dos peteretur, ſi à cohærede filii dos petatur ipſe quidem exceptione conventionis tuendus non erit, filius verò exceptione conventionis rectè utetur: quippe heredi conſuli, conceſſum eſt; nec quicquam obſtat, uni tantùm ex heredibus providere, ſi heres factus ſit: Cæteris autem non conſuli.* Idemque confirmat, *l. 10. ff. de pact. dotal.* in qua Pomponius in hæc verba ſcribit: *Quippe heredi noſtro cavere conceſſum eſt: Nec quicquam obſtat; quo minus certæ perſonæ, ſi heres erit, ſibi caveri poſſit; quod non idem in cæteris quoq; heredibus cavetur.*

2. Quia cæteri heredes verbis ſtipulationis, quibus teſtator uni tantùm ex illis ſtipulatus eſt, non ſolùm non ſunt comprehenſi, ſed etiam nominatim excluſi, quos etiam voluiſſe teſtatorem excluſos; ex verbis, quibus uſus eſt, liquidò apparet.

3. Quia

3. Quia hoc caſu nec per defunctum acquiritur cæteris heredibus actio, ut modò diximus, nec per alterum illum heredem cui nominatim ſtipulatus eſt defunctus, non ſolùm quia hic non eſt ſtipulatus, ſed etiam quia in cæterorum cohæredum poteſtate non eſt: At nemo alteri poteſt acquirere, niſi in poteſtate ejus ſit.

Sed objicitur, *l. Continuus*, 137. §. *ult. ff. de V. obligat.* in qua dicitur; ſi quis uni è futuris hæredibus ſtipulatus ſit aliquid dari, id non uni acquiri poſſe, ſed omnibus pariter heredibus acquiri.

Reſpondet Julius Pacius *cent. 2. q. 5.* Diſtinguendum eſſe inter acquiſitionem quæ fit ipſo jure & eam, quæ fit ope exceptionis, ita ut ipſo jure non acquiri uni heredi propter l. 12. tabb. quæ inter omnes heredes ipſo jure dividit omnia jura defuncti, tam activa, quàm paſſiva; Alia verò ſit ratio exceptionis & pacti, ubi requiritur hominis factum opponentis exceptionem, quod facere non poteſt, niſi ea perſona, quæ pacto comprehenſa eſt, *l. ſi unus*, 27. §. *pacta quæ turpem*, *ff. de pact.* Unde fit, ut pactũ ei ſoli heredi proſit, qui à paciſcente nominatus fuit; dictus autem, §. *ult.* non loquitur de acqui-

ſi-

ſitione exceptionis per pactum, nec de acquiſitione in genere, ſed de acquiſitione per ſtipulationem, cum quis ſtipulatur ſibi & heredi dari: quæ acquiſitio fit ipſo jure, proinde ex lege 12. tabb. ad omnes heredes ſtipulatoris pertinet, pro partibus hereditariis.

Jacobus Cujacius in *l. 33. ff. de pact.* diſtinguit inter ea quæ ſunt juris, & ea quæ ſunt facti; ita ut quæ facti ſunt, qualia ſunt pacta, uni ex coheredibus acquiri poſſint: Quæ juris ſunt, non item: Hæc ſiquidem ex *d. l. Continuus* neceſſe eſt omnibus acquiri. Neceſſitatis cauſa hæc eſt, quia obligatio quæ à defuncto & in defunctum cœpit, neceſſario ex leg. 12. tabb. inter heredes dividitur pro hereditariis portionibus, nec cæteris prodeſſe tacitum pactum poteſt, quoniam principaliter actum eſt de conſtituenda obligatione in unum heredem quod fieri lex 12. tabb. prohibet.

Franc. Hotomannus in *l. ead. 33.* rejecta hac Cujacii reſponſione, ipſe ait diverſitatem ac differentiam conſtituendam inter pactum & ſtipulationem; veram autem differentiæ rationem hanc eſſe, quia major ſit vis expreſſi, quàm taciti; expreſſa noceant, non expreſſa

non

non noceant. Eum igitur, qui pactus eſt, expreſsè pactum eſſe, neque poſſe promiſſum abnegare aut tergiverſari: At ſtipulatori opus eſſe argumentis pugnare & inducere, illum tacite pactum eſſe.

Hugo Donellus in *leg. 38. §. Alteri, ff. de Verb. Obligat.* ad *d. leg. Continuus* reſpondet: Eam legem non loqui de noſtro præſenti caſu, quo teſtator *uni tantùm* erat ſtipulatus, ſed de eo ſaltem caſu, quo quis *ſibi* ſimul & *uni* erat ſtipulatus: Hoc autem caſu non uni ſaltem, ſed omnibus acquiri manifeſtum eſt. Quod verò de iſto caſu, *d. leg. Continuus*, §. *final.* loquatur conſtat exinde, quod in fine illius l. ſub ſubjicitur, cum quid fieri ſtipulamur *etiam* unius perſonam comprehendi: Vocula *etiam* eſt implicativa & idem denotat, quod *cum perſona.* Deinde colligitur idem ex verbo *comprehendi*, cum is propriè in ſtipulatione comprehendi dicatur, qui cum aliis comprehenditur, *leg. Eum qui ita*, §. 1. & §. *qui ſibi ff. de Verbor. Obligat.*

Non obſtat porrò quòd omnes obligationes, tam activæ, quàm paſſivæ tranſeant ex l. 12. tab. in omnes heredes pro portio-

tionibus hereditariis, etiam invito eo à cujus perſona cœperunt originem, *l 1. C ſi cert. pet l. 2. & tot. tit. C. de hered. act. l. 1. & 2. C. ſi. unus ex pluribus heredibus.*

℟. Non id effici poſſe pacto, ut obligationes omnes defuncti tranſeant in unum ex heredibus ſolùm, vel ut non tranſeant ad omnes pro hereditariis portionibus: Nam tale pactum contrarium eſſet legi 12. tab. ſed id ſolùm impræſentiarum per pactum efficitur, ut uni ex heredibus cõſulatur, acquiſitâ ei per pactum de non petendo exceptione aliqua, quæ cæteris non acquiratur: Cùm pactum de non petendo præſupponat actionem, legi autem ſatisfactum ſit ſtatim atque actio adverſus omnes heredes cœpit competere pro hereditariis portionibus, licèt futurum ſit, ut in alicujus ex iis perſona inefficax ſit & elidenda per exceptionem, *l. 1. C. de except.*

Non refragatur etiam, quod Ulpianus ſcribit in *l. Eum qui, 56. §. 1. ff. de V. oblig.* Eum, qui ita ſtipulatus eſt. *Te & Titium heredem tuum dare ſpondes?* nihil agere: Nam & Titii cohæredem nihilominus obligatum iri pro ſua ſcilicet portione hereditaria, quamvis ſtipulator tacitè pactus videatur ſe à nullo alio herede, quàm

quàm Titio petiturum, idque pactum tacitum inutile futurum coheredibus Titii.

Reſpondet Antonius Faber; Cæteris cohæredibus Titii exceptionem pacti nõ dari, non quia iis paciſci defunctus non potuerit, ſed quia ea non fuerit mens cõtrahentium, ut cæteri cohæredes non urgerentur, niſi Titius ſolidum præſtaret, cùm ſolidum habere omninò voluerit ſtipulator, ſive à promiſſore, ſive à Titio uno ex ipſius heredibus: Atqui non potuerit per ſtipulationem fieri, ut Titius eo caſu, quo non niſi pro parte heres eſſet, in ſolidum tamen teneretur. Proinde quemadmodum ſtipulatio non valet ad Titium ſolùm ipſo jure obligandum in ſolidum, ita nec pactum ad liberandos ope exceptionis cæteros cohæredes.

In eandem propè ſententiam, ſed verbis magis perſpicuis reſpondet Julius Pacius in loco paulò ſupra citato: Nempe in *d l.56.* pactum non prodeſſe Titii cohæredibus, non quia pacto non poſſit proſpici quibuſdam heredibus, ſed quia illud pactum ſit prorſus inutile: quia ſcilicet ſit pactum tacitum, quod ex ſtipulatione colligitur; quatenus enim ſtipulatus ſum, Titium heredem tuum daturũ,

Q tacite

tacite pactus videor ne petam ab aliis tuis heredibus: Atqui ſtipulatio quoad hoc ſit inutilis, ut ex modò adducta ratione relucet, quia nimirum legi 12. tab. adverſatur: Proinde etiam tacitum pactum quod ex iſta ſtipulatione colligitur, valere non poteſt, propter regulam juris, quæ ait, ex ſtipulatione inutili non colligi pactum utile, *l. 1. §. eum qui, ff. de Conſtit. pec. l. 1. §. ſi quis ita, ff. de V. Oblig.*

Opponitur deniq; & hæc ratio quod ſi pacto uni ſolùm & non cæteris cohæredibus conſulitur, ſequatur, ut ipſi totum debitum adeoque & cohæredis illius, cui pacto proſpectum eſt, præſtare cogantur: Atqui periniquum ſit eos, qui non ſunt heredes, niſi pro partibus, ſubire onera hereditaria in totam; Siquidem hereditas ſola illa eſt, quæ eos obligat: Ergo non niſi quatenus ſunt heredes, *l. 17. ff. de duob. reis.*

℞. Verùm *d. l. Avus. 33 ff. de pact.* ſenſus hic eſt: Exceptionē pacti de non petendo, quæ prodeſt filio eidemq; coheredi, ſi pro ſua parte hereditaria conveniatur, non prodeſſe cæteris cohæredibus in pacto non comprehenſis; ſcilicet ſi pro portionibus hereditariis propriis conveniātur: At non etiam, ut pro filii quoq; portione conveniri poſſint: Nec enim ulla indigēt

exce-

exceptione, ut ſe tueantur pro parte cohæredis, pro qua nec ipſo jure tenentur. In ſumma ſicut pactio iſta cæteris cohæredibus non prodeſt, ita quoque eos non gravat, nec illis obeſt. Non obſtante *l. Ab omnibus, 104. ff. de leg. 1.* Legata enim pendent à voluntate teſtatoris nec ab eo poſſunt ullo modo deberi, quem teſtator nominatim exceperit, multò minus dividi per legem inter eos, quos teſtator onerare noluit, quia in iis omnibus, quæ pendent ab ultima voluntate, lex ſubſequitur voluntatem teſtatoris, *l. 120. de V. ſignif.* Itaque majorem vim habet diſpoſitio illa teſtatoris. *Ne unus ex heredibus legata præſtet* quàm pactum. *Ne ab uno ex heredibus petatur.*

QUÆSTIO VIII.

An quis heredi ſuo paciſcendo, non adjunctâ ſuâ perſonâ, proſit?

QUod aliquis ſoli heredi ſuo ſtipulando nō etiam ſibi, ſeu adjunctâ ſuâ perſonâ acquirat, ſtatuit Donellus *12. comm. 11. & ad l. 38. §. Alteri, ff. de V. Oblig.* Idque ex ea ratione, quod defunctus cum ſuo herede pro una perſona habetur in eoq; mortuus vivere cenſetur atque ideò ſi defunctus ſtipuletur heredi, ipſe heres ſtipulat9

aut pactus intelligatur, aut perinde habeatur, ac ſi defunctus ſibi, & non alii pactus eſſet.

Cæterùm Giphanius in *l. 11. ff. de Oblig. & Act.* ab hac ſententia facit divortium, ac ſtatuit neminem poſſe ſoli heredi ſtipulando vel paciſcendo acquirere, ſed ut heredi acquirat obligationem, neceſſum eſſe, ut ſibi & heredi ſtipuletur, ſuamque perſonam adjungat.

1. Quia regula juris eſt firmiſſima, actionem ab herede incipere non poſſe, *l. 8. C. Theodoſ. de diverſ. reſcript.* At inciperent actiones ab heredibus hoc caſu, ſi ſtipulatio vel pactio valeret.

2. Quia hujuſmodi pacto, quo quis ſoli heredi ſuo peciſcitur, ne quidem exceptio heredi acquiritur, *l. 17. §. 3. ff. de pact.* multo minus igitur heredi acquiretur actio, cùm facilius longè exceptio alicui quàm actio concedatur.

3. Quia quibus in locis dicitur ſtipulatione defuncti actio heredi acquiri, in omnibus illis de ea agitur ſtipulatione qua quis non ſoli heredi, ſed heredi & ſibi ſtipulatus vel pactus fuit.

Contrariorum ſolutio.

Cæterùm quo minus à Donelli ſenten-

tia recedam, non faciunt hæc Giphanii argumenta modò recenſita:

Quod enim *ad primum* reſpondeo: Regulam iſtam juris, *quod actio ab herede incipere non poſſit* hodiè per Juſtiniani conſtitutionem eſſe ſublatam, *l unic. C. ut actiones ab heredibus*. Sic enim ibi Imperator: *Cùm ſtipulationes & legata & alios contractus poſt mortem compoſitos antiquitas quidem reſpuebat, nos autem pro communi hominum utilitate recipimus, conſentaneum erat illam regulam qua vetuſtas utebatur, more humano emendare: Ab heredibus enim incipere actiones vel contra heredes veteres non concedebant, cõtemplatione ſtipulationum cæterarumq; cauſarum poſt mortem conceptarum. Sed nobis neceſſe eſt ne prioris vitii materiam relinquamus & ipſam regulam de medio tollere; ut liceat & ab heredibus & contra heredes incipere actiones & obligationes, ne propter nimiam ſubtilitatem verborum, latitudo voluntatis contrahentium impediatur.*

Et quanquam Giphanius hanc regulam non in totum, ſed ſecundùm quid ſolùm ac certis duntaxat in caſibus ſublatam exiſtimet, contrarium tamen ejus ſatis ex ipſius conſtitutionis verbis relucere puto.

Ad ſecundum ℞. In *l.17.§ 3.ff. de pact.* non

proponi hujuſmodi pactum, quo quis ſoli heredi ſuo pactus erat; ſed quo quis ſibi pactus erat, excluſa nominatim heredis perſona, his verbis: *Ne à ſe petatur, ſed ut ab herede petatur:* Igitur pactum ibi non prodeſt heredi; primò quia perſonale pactum ad heredem non pertinet, *l. 25. §. 1. ff. de pact.* Deinde quia nominatim pactum eſt, ut ab herede petatur, id eſt, ut ad heredem pactum non pertineat.

Ad poſtremum ℞. Quanquam fortaſſis nullibi proponatur defunctus ſoli heredi ſtipulando actionem acquirere; ſufficere tamen quod heres cum defuncto pro una habeatur perſona; ac proinde heredi ſuo paciſcendo aut ſtipulando, non alii, ſed ſibi ſtipulari putetur.

QUÆSTIO IX.

An ſi uni quis ex heredibus & ſibi ſtipuletur, vel paciſcatur, omnibus heredibus proſit, maximè ſi obligatio ſit in faciendo?

PRO Negativa pugnant Donellus *12. Comm. 17. & ibi* Oſwald Hilliger & *ad l. 38. §. Alteri ff. de V. O.* ubi & Giphanius.

1. Quia pactum defuncti ratum ab heredibus haberi & cuſtodiri æquum eſt, *l. 1. ff. de pact.* Jam verò defunctus uni ſaltem heredi & non omnibus cavere ac proſpi-

cere

cere voluit, quia hunc ſolùm pacto complexus eſt, cæteros quoq; ſine dubio comprehenſurus, ſi & illis cavere ac proſpicere voluiſſet.

2. In *l.* 137. §. *fin ff de V.O.* expreſsè Venulejus diſtinguit, inter dandi & faciendi ſtipulationem: Ut ſi quidem dandi fuerit ſtipulatio, tum ſibi & uni heredi facta omnibus proſit heredibus: ſin verò ſit ſtipulatio faciendi non proſit omnibus, ſed uni ſaltem in ſtipulatione nominatim comprehenſo: Verba textus hæc ſunt: *Præterea ſciendum eſt, quod dari ſtipulemur, non poſſe nos uni ex heredibus acquiri; ſed neceſſe eſſe omnibus acquiri: At cum quid fieri ſtipulemur, etiam unius perſonam rectè comprehendi.*

Et ratio hujus perſpicua videtur, quod nempe factum perſonale ſit, nec ad heredes tranſeat, proinde nec ſtipulatio, nec pactum in quod factum deductum eſt.

Sed his rationibus non obſtantibus contrariam ſententiam longè veriorem judico. Etenim Juſtinianus id expreſsè ſancit in *l. Veteris, C. de contrahend. ſtip.* Ubi in hæc verba ſcribit: *Veteris juris altercationes decidentes generaliter ſancimus, omnem ſtipulationem, ſive in dando, ſive in faciendo ſive mixta ex dando & faciendo inveniatur & ad heredes & contra heredes transmitti, ſive*

ſpecialis heredum fiat mentio, ſive non. Cur enim quod in principalibus perſonis juſtum eſt non ad heredes & adverſus eos transmittatur & ſic exiſtimentur hujusmodi ſtipulationes quaſi tantummodo in dando fuerint concepta, cum nihilominus & heredes factum poſſint adimplere? Illa ſubtili & ſupervacua ſcrupuloſitate explosâ, per quam putabat non poſſibile factum ab alio compleri, quod alii impoſitum eſt. Et quare cùm penè ſimilis omnium hominum natura eſt, non etiam facta omnes vel plus vel paulò minus adimplere poſſint, ne ex hujusmodi ſubtilitate cadant hominum voluntates.

Reſpondet quidem Donellus adductam, *l. Veteris*, non pertinere ad noſtrum caſum, ſed duntaxat ad illum, quo quis ſibi ſtipulatur, adjunctâ aut omnium heredum perſonâ, aut omnium heredum mētione omiſſa; Idque confirmat ex his verbis: *Sive ſpecialis heredum fiat mentio, ſive non:* Item ex ratione qua utitur Imperator: *Ne ſcilicet ſubtilitate, qua veteres ſunt uſi, cadant hominum voluntates:* quam rationem hûc non pertinere, ait, vel ex hoc manifeſtū eſſe, quod is, qui ſibi & uni heredi ſtipulatur, hoc animo ſit, idque agat, ne quod ſtipulatur, acquirat omnibus heredibus, ſed ei ſolùm, quem verbis ſit in ſtipulatione complexus.

Verùm

Verùm hac reſponſione textum dilucidiſſimum eludi non poſſe, planè perſuaſum habeo: Non ſolùm quia *d. l. Veteris*, agit non modò de eo caſu, quo heredum facta eſt mentio, ſed etiam quo cæterorum heredum mentio facta non eſt, ad quem noſter caſus referri debet. Quod verò ad rationem, quam in fine legis imperator allegat, ſpectat ea duntaxat ad illam quæſtionem, qua quærebatur, an & quatenus obligatio adverſus heredes trãſeat; non verò ad hanc noſtram qua quærimus, an ad heredes obligatio transferatur.

Solutio contrariorum.

Ad contraria argumenta ex hac enim *l. Veteris*, non eſt difficilis reſponſio; Siquidem exinde relucet, Juſtiniano propoſitum fuiſſe, jus vetus emendare & *d. l. 137. de V. Obligat.* corrigere, Illumque hoc etiam præſtitiſſe ex modò dictis manifeſtum eſt. Rationem quoque illam, qua olim faciendi obligationes perſonales erant, nec ad ſucceſſores tranſibãt, expreſsè ſuſtulit; ſic, ut exploſa iſta ſubtilitate ultimæ defunctorum voluntates conſervarentur. Simul etiam teſtatur apertis verbis Juſtinianus defuncti ſibi & uni heredum

Digitized by Google

redum paciſcentis hanc eſſe voluntatem, ut non illi ſoli, quem verbis complexus eſt, ſed cæteris quoque obligatio acquiratur pactumque proficiat.

QUÆSTIO X.

An pactum ad heredes & ſucceſſores ſit tranſitorium, ſic ut ſi perſona heredis pacto non ſit nominatim comprehenſa, ei nihilominus pactum proſit?

DIſtinguendum eſt inter pactum reale & perſonale: Illud procul dubio ad heredes & ſucceſſores, tam reales, quàm perſonales tranſit, *l.40 pr. ff. de pact.* At perſonale pactum ad heredes non eſt tranſitorium, illiſque nec prodeſt, nec obeſt. Sic enim hac de re Paulus *in l. 25. §. 1 ff. de pact. Perſonale pactum ad alium non pertinere, quēadmodum nec ad heredem, Labeo ait.*

Cui non obſtat. 1. Quod perſona heredis eadem cenſeatur cum perſona defuncti, *l. cum heres, 11. de diverſ. temp. præſcr. l. 24. ff. de V. ſign.* Et qui paciſcitur, non minus de herede, quàm de ſe cogitat, *l. pactum, 9. ff de probat.* Pactum itaque omne, quantumvis perſonale ſit, tranſit ad heredem. Reſpondetur enim fictionem, qua heres cum defuncto eadem fingitur eſſe perſona, in juribus duntaxat realib. non etiam in perſonali-

nalibus locum habere, hæc enim perſonæ cohærent nec eam tranſeunt, *l. uſus aquæ 21. ff. de uſu & hab. l. quia tale, 14 ff ſol. matr. l. Non ſolùm*, 8 *§. tale legatum de lib. leg. l. 2. 3. & 4. l. ſi habitatio, 9. quand. dies leg. cedat.*

Non obſtat 2. Vetus regula juris quod obligationes, quæ à defuncto vel contra defunctum initium habuerunt, in ipſius heredem transferantur, *l. 11. C. de contr. empt.* Unde & Celſus apertiſſimè ſtatuit, eum qui ſibi pactus eſt, etiam heredi ſuo pactum intelligi, quia plerumque tam heredibus noſtris, quàm nobiſmet ipſis cavemus, *l. 9 ff. de probat.*

℞. Nam regulam iſtam ad obligationes pactaque perſonalia non pertinere ex juribus ſupra allegatis clarè pateſcit.

Obſervandum tamen eſt in dubio in rem potius, quàm in perſonam præſumi, & conſequenter, niſi conſtet perſonale eſſe pactum, aut evidenter probetur, pactum heredibus quoque prodeſſe atq; ita Gœddæus *in tractat. de contrah. & committenda ſtipulatione c. 9. n. 146* Borcholt. *in tractat. de pact. c. 2. diviſ. 3. n. 22* Duaren. *in d. l. 7. §. pactorum, ff. de pact.*

1. Quia in dubio præſumitur quisq; ſibi & heredibus ſuis cavere voluiſſe, *l. 9. ff. de probationibus, l. Veteris, C. de contr. & comm.*

ſtipulat. At pactum, quod ad heredes tranſitorium eſt, quodq; heredibus paciſcentis prodeſt in rem eſt, *l.40.pr ff.de pact.* Perſonale verò pactum ad heredes non tranſit, *l.25 pr. ff.eod.* Igitur in dubio præſumitur reale potius, quàm perſonale pactum.

1. Quia & ſtipulatio in dubio præſumitur in rem potius, quàm in perſonam facta, *l. ſtipulatio iſta, 38. de Verb. Obligat* proinde & pactum in dubio præſumetur potius reale, quàm perſonale.

3. Quia hæc ſententia etiam ab Ulpiano *in d l.7 § pactorum, 8 ff. de pact* diſertè approbatur, dum ita ſcribit: *Vtrum autem in rem, an in perſonam pactum factum ſit, non minus ex mente convenientium quàm ex verbis æſtimandum eſt: plerumq; enim perſona pacto inſeritur, non ut perſonale pactum fiat ſed ut demonſtretur, cum quo pactum factum ſit.* Jam v. in dubio pro eo eſt præſumptio, quod ſit plerumq; & ut plurimum. Igitur in dubio pactum præſumitur, reale potius quã perſonale.

Nec movet quod Antonius Faber in *Rational. ad l.57. ff. de pact.* ſtatuit; In dubio pactum perſonale præſumi, eâ ratione ductus, quod in dubio non aliunde poſſit melius perſpici voluntas, quàm ex vi & proprietate verborum, *l. Ille aut ille, 25. §.1.* *l. 63.*

Digitized by Google

l. 63. de legat. 3. cùm autem in pacto certa perſona expreſſa eſt verbis; cenſetur hæc proprietas verborum, ut tantùm perſona illa, quæ nominata eſt, pacto ſit comprehenſa; Cæteræ verò omnes excluſæ; ac proinde in dubio pactum præſumatur perſonale, non reale.

Hoc, inquam, non obſtat: Etenim verborum iſtorum, quibus certa deſignatur perſona, non hæc vis eſt in dubio, ut pactum ad certam iſtam reſtringatur perſonam; ſed ut demonſtretur is, quo cum pactum eſt initum, prout ipſe Ulpianus in *d. l. 7, §. 8. de pact.* teſtatur.

QUÆSTIO XI.

An pactum perſonale proſit ſingularibus ſucceſſoribus, ut emptori, donatario, legatario & ſimilibus?

DE pacto reali dubium planè nullũ eſt, quin ſucceſſoribus ſingularib. proſit, ſiquidem apertè Paulus *in l. 22. §. fin. ff. de pact.* In rem pacta omnibus prodeſſe quorum obligationem diſſolutam eſſe ejus, qui paciſcebatur, interfuit, generaliter definit; venditoris verò & donatoris intereſſe, obligationem donatoris & venditoris diſſolutam eſſe, certum eſt: Emptoris quidem idcirco intereſt pactum prodeſſe venditori, ut ab ipſo non petatur,

ſed obligatio ejus diſſolvatur, q̃a eò majori precio rem ſuam vendet, & aliàs emptori adverſus ipſum, re evicta, regreſſum competet. Donatoris verò idcircò intereſt pactum prodeſſe donatario, quia licèt hic adverſus donatorẽ regreſſum non habeat, re evicta, tamẽ intereſt ejus liberalitatem ſuam exitum ſortiri, eò quod donatarium habeat ad remunerationem & gratitudinem obligatum, *l.25.§.Conſuluit. ff.de petit hered.* Atq; hoc ipſum quoq; clariſſimis verbis confirmat Paulus *in l.* 17.§. *5.ff.de pact. Pactum,* inquiens, *conventum cũ venditore factum, ſi in rem conſtituatur, ſecundùm plurium ſententiam emptori prodeſt;* Nec hoc dubium ullum habet. Sed utrum pactum quoq; perſonale, in perſonam paciſcentis conceptum, ſingulari proſit ſucceſſori, quæſtionis eſt? Plerisq; affirmativa placet, eo quod JCtus Paulus *in d l.17.§. 5 ff. de pact.* id perſpicuè affirmare videtur, ita ſcribens: *Pactum conventum cum venditore factum ſi in rem conſtituatur, ſecundùm plurium ſententiam & emptori prodeſt atq; hoc jure nos uti Pomponius ſcribit: ſecundùm Sabini autem ſententiam etiam ſi in perſonam conceptum eſt & in emptorem valet. Qui hoc eſſe exiſtimat, ſi per donationem ſucceſſio facta ſit.*

2. Huic deinceps addendum eſſe putant, quod idem Paulus ſcribit *in d.l.21.§.5.*

eod. tit. pacta omnibus prodeſſe, quorum obligationem diſſolutam eſſe ejus, qui paciſcebatur interſit. Jam verò intereſſe venditoris & donatoris, pactum prodeſſe emptori & donatario, paulò ſupra demonſtratum fuit. Proinde ex hiſce fundamentis concludendum videtur, pactum perſonale prodeſſe ſucceſſori ſingulari.

Cæterùm contraria ſententia melioribus ac fortioribus fundamentis niti videtur. Nam primò receptiſſima ac veriſſima eſt juris regula quod perſonalia perſonam non tranſeant, nec ad alios transmittantur, *l. 8. §. 3. ff de liberat. legata.* Proinde nec pactum perſonale ad ſucceſſores ſingulares transmittetur. Non equidem ignoro diſſentientes ad hoc fundamentum reſpondere, dupliciter aliquid dici perſonale, vel quod viventis perſonam non egreditur, nec in ullum tranſit, *l. 27. §. 4. ff. de pact.* vel quod viventis perſonam egreditur; ſed una cum ea extinguitur; atque hoc poſteriori modo pactum hîc perſonale dici, exemplo uſusfructus qui & ipſe jus perſonale eſt ac perſonæ fructuarii cohæret, ſic tamen, ut vivente fructuario perſonam ejus egrediatur, & ad alium transferri queat, *§. 1. I. de uſu & habitat.* ſed cum ea expiret & extinguatur;

§. *fini-*

§. *finitur*, *I. de uſufruct.* Veruntamen hac reſponſione petitur manifeſtè principium, cùm hoc ipſum in quæſtione ſit, utrum pactum perſonale, vivo paciſcente, ipſius egrediatur perſonam: Contrarium certè ex modò adductâ regula, atque ex illis, quæ nunc ſubjicientur, perſpicuum evadit: Aliàs adductam diſtinctionem per ſe veram eſſe non nego.

2. Eſt præterea & alia regulâ juris, non minus certa & uſitata, conventionem in alia re factam, aut cum alia perſona in alia re & alia perſona non nocere, *l* 27. §. 4. *ff. de pact.* Item pactis privatorum non lædi jus cæterorum, *l. 3. ff. de tranſact.* adeoque pactum inter alios factum, tertio neque prodeſſe, neque nocere: Pactum proinde, præſertim perſonale aliis neque proderit, neque nocebit: Et conſequenter nec emptori, cùm non poſſit idem eſſe emptor & venditor, *l. 1. de rer. permut. l. 5. §. Item ipſe tutor ff. de auctor. tut.* Nec impedit, quod hîc diſſentientes reſpondent, pactum inter aliquos interpoſitum non prodeſſe tertio, niſi ipſius paciſcentis interſit pactum ei prodeſſe, *l. 21. § fin. ff de pact.* Nam illam exceptionem non ad pacta, de quibus loquimur perſonalia, ſed ad realia pertinere, mox liquidò demonſtrabitur.

3. Ac-

3. Accedit his quod in *l. 25. §. 1 ff. de pact.* traditur: Perſonale pactum ad alium non pertinere, quemadmodum nec ad heredem: Si igitur perſonale pactum ad alium non pertinet, non pertinebit quoque ad ſucceſſorem ſingularem, niſi de hoc diverſum expreſsè conſtitutum ſit: At hoc factum nullibi legitur.

4. Idem confirmat non parum & hæc ratio, quod cùm pactum perſonale non proſit ſucceſſori univerſali ſeu heredi, *d. l. 25. & §. 1.* qui tamen eadem intelligitur eſſe perſona cum defuncto, ejuſdemque perſonam repræſentare cenſetur, atque in univerſum jus quod habuit defunctus, ſuccedit, multò minus prodeſſe debeat ſucceſſori ſingulari: Quod enim non eſt ad heredem transmiſſibile, id multò minus eſt ceſſibile, *l. Ex pluribus, 42. ff. de admin. tut.*

Solutio contrariorum.

His non refragantur in contrarium adducta fundamenta: Quod enim *ad l. 17. § 5. de pact.* in qua principale ſuæ opinionis fundamentum conſtituunt; obſervandum eſt, ſententiam Sabini illic duntaxat referri, non verò approbari, ſed potius ab eodem Paulo diſertè reprobari ac

rejici

rejici *in d.l.25.§.1.eod.* ubi aſſerit pactũ perſonale non ſolùm ad heredem non tranſire, ſed nec ad alium. Nec obſtat, quod Juſtinianus omnia, quæ ipſius mandatu in jus noſtrum relata ſunt, ſua fecerit, *l. 2. C. de jure vet. enucl* & ideò quæcunq; in legib. noſtris referuntur ab eodẽ quoq; approbẽtur: Nã id verũ eſt, niſi id quod uno in loco relatũ eſt, alio in loco improbet; Id quod hîc accidere modò oſtẽſum fuit.

Non magis ſententiam noſtram evertit alterum argumentum ex *l. 21. §. fin.* petitum. Nam regula illîc propoſita de pacto in rem apertè concepta eſt; ad perſonale verò pactum eam non eſſe extendendam ſubſequens *l.22.* apertè oſtendit: Cũ enim in præcedenti lege dictũ fuiſſet, pactum in rem omnibus prodeſſe quorum obligationem diſſolutam eſſe paciſcentis intereſt, atq; exemplum fidejuſſoris ſubjectum eſſet, ſtatim in *d.l.22.* ſubjungit Ulpianus pactum illud, *ut duntaxat à reo non petatur,* quod pactum perſonale eſt, non prodeſſe fidejuſſori quamvis obligationem hujus diſſolutam eſſe, principalis interſit: proinde pactum perſonale nec ad eum pertinet, cujus obligationẽ diſſolvi intereſt paciſcentis. Idem quoq; probatur ex *d.l, 25. ff. eod.* ubi indiſtinctè & generaliter.

ter definit Paulus: *pactũ perſonale ad aliũ non pertinere*, nec diſtinguit JCtus utrũ interſit paciſcentis, necne pactũ prodeſſe alii.

QUÆSTIO XII.

An ſervus hereditarius futuro heredi paciſci poſſit?

DIfficilis & hæc eſt quæſtio an ſervus hereditarius, jacente hereditate paciſci poſſit futuro heredi? Etenim videbatur primâ frônte dicendum pactũ ſervi hereditarii prodeſſe futuro heredi. 1. Quia etſi antequã adierit hereditatem nondum ſit dominus, tamen adeundo hereditatem jam inde ex die mortis eam adiiſſe retrofingitur, *l. heres quandocunq;, 54. de acquir. hered. l. omnis hereditas, 138. l. omnia ferè, 193. de R. I.* Ergo ſervus hereditarius paciſcendo nominatim heredi poſtea adituro, videtur pactus domino ſuo: Et conſequenter acquirit ei exceptionem pacti.

2. Accedit his textus *in l. 28. §. fin ff. de ſtip. ſerv.* in qua Gajus unà cum Caſſio aſſerere videtur, ſervum hereditarium futuro heredi nominatim ſtipulari & paciſci poſſe: Verba JCti hæc ſunt: Illud quæſitum eſt an heredi futuro ſervus hereditarius ſtipulari poſſit? Proculus negavit, quia is eo tempore extraneus eſt: Caſſius reſpondit poſſe: quia qui poſtea heres extiterit,

videre-

Digitized by Google

videretur ex mortis tẽpore defuncto ſucceſſiſſe, quæ ratio illo argumento commendatur, quod heredis familia ex mortis tempore funeſta facta intelligatur, licèt poſt aliquod tempus heres extiterit. Manifeſtum igitur eſt ſervi ſtipulationem ei acquiri.

3. Eodemque facere quoque videtur, *l.35 ff.eod.de ſtip.ſervorum*. Ubi Modeſtinus diſertè ſcribit: Servum hereditarium & heredi futuro & hereditati rectè ſtipulari.

Ego, ſalvo aliorum judicio veram exiſtimo diſtinctionem vulgarem, quam & Hotoman.*in l.27.§.fin ff.de pact.& lib.3.obſ.19*. Cujacius *in d.l.27.§.fin.ibidemq;* Anton. Faber *in Ration.&* Gœdd *de Contrah.ſtipul. c.10.Concl.7.n.59.* amplectuntur: quod nẽpe ſervus hereditarius non poſſit nominatim, diſertis verbis & expreſſo heredis inſtituti nomine proprio, ſtipulari vel paciſci: Imperſonaliter verò & indefinitè futuro heredi poſſit paciſci: Fundamentum hujus conſiſtit in eo, quod cùm ſervus indefinitè futuro heredi paciſcitur, licèt is heres tempore conventionis & pacti initi dominus ſervi nondum ſit; ſed ejus contemplatione adhuc pro extraneo habeatur; Tamen quia ipſi tanquam futuro heredi paciſcitur, rectè hereditati acquirat, quæ ſola eo tempore domina reperitur, &

mox per hereditatem heredi quandocunque adeunti; quia hereditas illa eſt, quæ facit heredem: Quod non ſimiliter dici poteſt, cùm ipſi heredi pactum fuit nominatim: Tunc enim neque ipſi heredi rectâ poteſt acquiri, quippe qui nondum ſit eo tempore dominus, neq; hereditati, quia ſervus alienus alii nominatim ſtipulando non acquirit domino, quia non voluit, ſicut nec acquirit ei cui ſtipulatus fuit, quia non potuit.

2. Confirmat deindè hanc ſententiam manifeſtiſſimè, *l.* 27. § *fin. ff. de pact.* In qua Paulus: *Servus heredi poſt adituro nominatim paciſci non poteſt, quia nondum is dominus ſit: Sed ſi in rem pactum conventum factum ſit, heredi acquiri poteſt.*

3. Idemque Paulus *in l* 16. *ff. de ſtipulat. ſervor. Servus hereditarius*, ait, *futuro heredi nominatim dari ſtipulatus, nihil agit, quia ſtipulationis tempore heres dominus ejus non fuit.*

Solutio contrariorum.

Nec hanc ſententiam infringunt, quæ ſupra fuerunt adducta: *Ad primum* enim reſpondetur. Quod dicitur aditionem hereditatis retrotrahi ad tempus mortis teſtatoris, id ad ea ſolùm pertinet quæ hereditati fuerunt interim acquiſita & utiliter à ſervo hereditario geſta; non verò

Digitized by Google

ad ea ſpectat, quæ non hereditati jacenti, ſed ipſi heredi futuro nominatim & expreſsè ſervus hereditarius pactus eſt, quoniam is jacente hereditate extraneus eſt, *d. l. 16. de ſtipul. ſervo.* & conſequenter quæ à ſervo hereditario in ejus commodū ſunt geſta, inutiliter geſta intelliguntur: quod autem ab initio eſt inutile, id tractu temporis non convaleſcit: Et inſuper in pactis & ſtipulationibus cum quæritur cui actio & exceptio acquiratur, conventionis tempus præciſe ſpectandum eſt, *l. 76. de V. O. l. 144. de R. I.* Ut taceam quod non ſolùm idcirco futuro heredi pactio, nominatim & expreſsè facta, non valeat, quia is tempore initi pacti non ſit dominus ſervi paciſcentis, ſed & ideò, quia eo tempore, quo illi paciſcitur ſervus, ad huc incertum ſit, utrum ille ſit heres futurus, necne: Ut ita omnino videatur perſona extranea comprehenſa; ac proinde cum ab initio nulla reperiatur, ex poſt facto non convaleſcit, *l. quod ab initio, de R. Iur.*

Ad ſecundum, ut & *tertium* R. *d. l. 28. §. fin. & d. l. 33. ff. de ſtip. ſerv.* intelligi oportere de ſervo generaliter & indefinitè futuro heredi ſtipulante: Etenim Proculus indiſtinctè negabat poſſe heredi futuro ſtipulari ſervum ſive generaliter, ſive ſpecia-

Liter

liter & nominatim: Atque hoc nomine à Caſſio fuit reprehenſus, qui tamen non indiſtinctè negavit valere ſtipulationem futuro heredi factã. Et quanquam fortaſſis hæc fuerit & Caſſii & Gaji & Modeſtini mens non tamen quid illi ſenſerint ſpectandum; ſed quænam mens ſit & ſententia Juſtiniani *arg. l. 2. § 10. C. de Vet. Iur. enucl.* hæc verò clare colligitur ex *d. l. 27. §. fin. ff. de pact. & l. 16 ff. de ſtip. ſerv*, ubi diſtinguitur ſic, ut diſtinguendum dixi, juxta igitur leges earumque diſtinctionem exaudiri debent oppoſiti textus: Siquidem in toto jure generi per ſpeciem; generalibus textibus per textus ſpeciales & diſtinguentes, derogatur *l. in toto, ff de R. Iur.* Et incivile eſt de toto jure judicare velle, particula ſaltem ejus lectâ & inſpectâ, *l. Incivile, ff. de Legibus.*

CAPUT V.

De Rebus, quæ in pactum deduci poſſunt, vel non poſſunt.

QUÆSTIO I.

An valeat pactum de ſucceſſione & hereditate certi alicujus tertii adhuc in vivis exiſtentis?

DE

DE omnibus rebus quæ ad rem noſtram familiarem pertinent, ſive corporales ſint, ſive incorporales, paciſci licèt, exceptis illis de quibus pactio legibus eſt expreſſim prohibita, *l. 7. §. ſi paciſcar. 14. ff. de pact.* Ex illorum verò numero eſt pactio de hereditate & ſucceſſione futura tertii alicujus hominis ejuſdemque certi, quam Juſtinianus *in l fin. C. de pact.* ut plenam triſtiſſimi & periculoſi eventus & bonis moribus contrariam rejicit & improbat, Ideò autem talis pactio plena eſt triſtiſſimi ac periculoſi eventus, quia occaſionē præbet illius, de cujus hereditate pactū interponitur, vitæ inſidiandi ejuſdemque mortem captandi: At hæc etiam pactio turpis ac bonis moribus contraria. Accedit quod improbus ſit quisquis ſollicitus eſt de ſucceſſione viventis, *l. 2. §. Interdum, ff. de Vulg. & pupill. l. 1. §. 21. ff. collat. bonor l. 27. §. à patre, ff. ad SC. Trebell.* diciturque feſtinare contra bonos mores & contra jusgent. Nam paciſci de viventis hereditate eſt vivo & videnti funus ducere, quam rationem Imperator Juſtin. indigitat *in d. l. fin. in verb*, Quare enim *quodam vivente & ignorante de rebus ejus quidam paciſcentes cōveniunt*? Loquor autem de viventis & *certi* hominis ſucceſſione: Nam in pactione

ſuper

ſuper hominis *incerti* hereditate obventura hæ rationes apertè deficiunt & ideò etiam pactio iſtiuſmodi, quo indefinitè de hereditate obventura hoc modo paciſcimur, *ut ſi qua hereditas ad te pervenerit, mihi ſit communis*, nullius ſcilicet certi hominis deſignata hereditate, quin valeat, dubium planè nullum eſt, *l.3. §. de illo, ff. pro ſocio.*

Sed tamen, quod etiam de certi hominis hereditate valeat pactio multa demõſtrare videntur, quæ hoc loco ſubjicere non gravabor. Primò enim *in l. 2 §. Illud poteſt, 2. ff. de hered. vel act. vendit.* ſcribit Ulpianus ſubſtitutum impuberis rectè vendere hereditatem impuberis. & *maximè* ſi ea jam delata ſit: Unde cum particula *maximè* ſit implicativa, concludendum videtur, valere illam venditionem, ſive hereditas impuberis delata ſit, ſive non ſit: adeoque de viventis quoque hereditate ac ſucceſſione obventura pactum valere.

2. Idem probare videtur, *tot. tit. ff. de heredit. vel act. vendit.* In quo de hereditate vendenda ex profeſſo tractatur, venditioque hereditatis generaliter permittitur.

3. Eodemque facere videtur, quod va-

R leat

Digitized by Google

leat ſtipulatio, qua à venditore, qui ſervum, quem vendiderat, manumiſit, ſtipulatur emptor, quicquid ex ſucceſſione liberti ad venditorem pervenerit, *l. ſi quis ſervum, ff. de act. empt.*

4. Inſuper, quod de certi hominis vivẽtis hereditate pactio valeat inde quoq; probatur, quod illi, qui ad impuberis arrogati hereditatẽ vocãtur rectè ab arrogatore ſtipulẽtur quicquid ex hereditate impuberis huj9 ad arrogatorẽ pervenerit ſibi reſtitui, *§. 3. I. adop. l. Nõ aliter, ff. de adop.*

5. Adhæc *in l. 16. cum proponas, C. de pact.* dicitur valere pactum duorum ſuper fideicommiſſaria hereditate teſtatoris adhuc viventis. Et *in l. cum proponas, C. de pact.* admittitur pactum filiorum ſuper precaria ſubſtitutione à patre adhuc vivo relicta. Itemq; in l. de fideicommiſſo. pactio de fideicommiſſaria hereditate viventis ſubſiſtere dicitur.

6. In *l. quidam cum filium, 132. de V. Obl.* Titius cum filium alienum ſuſciperet, tradenti promiſit certam pecuniæ quantitatem, *ſi eum aliter quam ut filium obſervaſſet*; quibus verbis, etſi heredis inſtitutio innuatur, cum filius heres inſtituendus, vel exheredandus ſit, adeoque interpoſita ſtipulatio ſit de ſucceſſione viventis, tamen valet.

7. In

7. In *l.3.§. de illo quæritur, ff. pro ſocio.* Ubi inter ſocios talis conventio interpoſita proponitur, *ut ſi qua juſta hereditas obvenerit, communis ſit*, & hanc conventionem valere ac ſubſiſtere dicitur.

8. In *l 7.§ penult. ff. de pact* filiusf. cum creditoribus paternis pactus eſt, ut certa parte crediti contenti eſſent; & dicitur valere conventio.

9. In *l. Nam hoc, ff. de her. vel act vend.* Ubi dicitur venditionē hereditatis hoc modo valere; *ſi qua eſt hereditas, erit tibi empta.*

Verùm his non obſtantibus verior eſt contraria ſententia, quam initio propoſui & *l. fin. C. de pact.* confirmavi; à quo, ut recedam, non certè moveor argumentis hactenus adductis. Quæ, ſi rectè conſiderentur, non attingunt controverſiam noſtram tantùm abeſt, ut ſententiam noſtram evertant.

Solutio contrariorum.

Quod enim *ad primum* ex *l. 2. § 2. de heredit. vel act. vendit.* reſpondetur particulam. *Maximè* eſſe quidem ſua naturâ implicativam; Verùm particulas ejuſmodi implicativas non habere vim implicandi, quoties ex implicatione aliquod abſurdum & inconveniens ſequeretur.

Deinde particula iſta *Maximè* non ſemper eſt implicativa & comparativa, ſed idem interdum ſignificare, quod *utiq;* Borch. *in tractat. de gradib. in rubric. Hereditas pactis, contractibus & conventionibus non datur.* Denique, poſito quod etiam *in d. l. 2. §. 2.* habeat vim implicandi; non tamen exinde rectè inferetur de hereditate viventis nōdum delata; ſed futura pactum eſſe initū. Siquidem etiam impuberis defuncti hereditas, licèt nōdum ſit delata, vendi poteſt: Utputa, ſi vendatur, pendente conditione, ſub qua heres ſubſtitutus eſt impuberi.

Ad ſecundum ℞. in titulo *de heredit. vel act. vendita.* tractari de hereditate jam delata, non de futura hereditate: Delatam verò ideò vendi poſſe, quia per eam non datur occaſio inſidiandi vitæ alterius, nec votum inducitur mortis illius, de cujus hereditate pactum eſt factum: hunc enim jam tum vitâ eſſe functum, præſupponitur.

Ad tertium ℞. in caſu *d. l. ſi quis ſervum.* Pactionem idcircò valere, quia eſt de hereditate non acquirenda, ſed conſervanda: Tales pactiones autem de jure valent ac ſubſiſtunt, quia fiunt ſuper jure paciſcentis proprio, non verò ſuper jure alieno:

no: Qui enim paciſcitur eam hereditatem ſibi reſtitui, quæ & ſine pactione ipſi deberetur de jure proprio ſibi competente paciſcitur, de quo cuivis paciſci licet. Et ſanè cum ejus interſit hereditatem ipſi reddi, quæ ei debetur, ſtultum eſt de eo quærere, cur de ea paciſcatur. Deniq; nemo dicet hereditatem eam promitti contra bonos mores, quæ jam per ſe jure debeatur: Jam verò in caſu *d. l. ſi quis ſervum.* Emptori cui ſervus venditus non traditur, omnia actione ex empto præſtanda ſunt, quæ emptor habiturus eſſet, ſi ſervus eſſet illi traditus. Conſequeretur autem ejus ſervi hereditatem, ſi eum acceptum & ſuum factum manumiſiſſet. Quid mirum igitur, ſi, quod citra pactionem illi deberetur, etiam interpoſitâ pactione illi jure deberetur?

Idem *ad quartum* quoq; reſpondendum eſt: Nam & in *d. l. Non aliter & d* § 3. pactio ab agnatis impuberis interponitur de hereditate non acquirenda, ſed de hereditate ex *l. 12. tabb.* ſibi debita conſervanda.

Ad quintum ℞. in *l. 16. C. de pact.* & *l. 11. C. de tranſact.* non induci votum captandæ alterius mortis, ſed potius tolli: Agunt enim de fideicommiſſaria hereditate, quæ non abſolutè & ſimpliciter relicta erat,

Digitized by Google

ſed ſub hac conditione *ſi heres rogatus hereditatem reſtituere, ſine liberis moreretur, aut ſi prius è rebus humanis excederet quàm is, cui fideicõmiſſaria hereditas relicta eſt*: Cum itaq; hoc fideicommiſſo quodammodo præberetur occaſio fideicommiſſario mortem heredis ſcripti optare & expectare, vel captare etiam; idcircò pacto iſto contrario quo heres cum fideicommiſſario paciſcitur, ut, accepto ſextante hereditatis, fideicommiſſum non perſequatur, ſi fortè ipſe heres ſine liberis mortuus fuerit, neve qui primus rebus humanis exceſſerit, portionem ſuam hereditatis alteri reſtituat; non datur occaſio alterius captandi mortem. Id quod etiam expreſſis verbis in *d.l.11.Impp. ſignificant*.

Ad ſextum R. in *l. quidam non, 132. de V. Obligat.* his verbis, *ſi aliter eum, quam filium obſervavero*, non apertè hereditariam ſucceſſionem induci; quia Titius promiſiſſe non proponitur, ſe eum, quem in filium ſuſcepit heredem ſcripturum: Et quamvis tacitè id ſtipulatione contineatur, tamen non idem erit ſi de hereditate cautum fuerit apertè; cum multa permittantur fieri tacitè, quæ expreſsè fieri prohibentur, *l. Nonnunquam contingit, ff. de condit. & dem.* Loquitur præterea, *d. l. 132.* extra termi-

terminos propoſitæ quæſtionis; ſiquidem nos non de ea pactione loquimur, quæ fit ſuper hereditate illius, quo cum pactio initur, ſed de ea, quæ fit inter duos ſuper hereditate tertii alicujus, de qua paulo poſt.

Ad ſeptimum ex l. 3. §. de illo, ff. pro ſocio ℞. illic agi de hominis incerti hereditate atque de eo inter ſocios conveniſſe, ut ſi qua juſta hereditas alterutri obvenerit, communis ſit; Hæc verò conventio ideò valet, quia non inducit votum alterius mortis, nec præbet occaſionem inſidiandi vitæ illius, de cujus ſucceſſione ac hereditate conventio eſt facta, ut qui planè ſit incertus: Quæ ſolutio fundatur in illis verbis adductæ legis. *Si qua juſta hereditas.*

Ad octavum ℞. in caſu *d. l. 7 §. pen. de pact.* valere pactionem ac ſubſiſtere, quia non onerat hereditatem paternam, ſed eā exonerat eo, quo erat gravamine onerata: Præterea iſta pactio non eſt de hereditate & ſucceſſione paterna, ſed de ære duntaxat alieno, quo hereditas paterna erat gravata.

Non deniq; adverſatur, *l. Nam hoc, ff. de hered. vel act. vend.* Nam ibi non agitur de hereditate futura & obventura, ſed de hereditate jam delata, adeoq; de hereditate nō

ſuperſtitis, ſed jam defuncti, de cujus tamen hereditatis viribus nihil certi conſtabat: Talis emptio dicitur valere, adeò, ut ſi multum ſit in hereditate, hoc cedat commodo emptoris: Si parum aut nihil, emptoris ſit detrimentum; ipſe enim vires hereditatis ignorans quaſi ſpem hereditatis emit, hoc eſt emit hereditatem, ſperans in ea multum eſſe.

Quæstio II.

An de futura tertii hereditate & ſucceſſione valeat pactio, ſi is paciſcentibus conſentiat?

JUſtinianus in *d. l fin. C. de pact.* pactionem de futura & obventura tertii hereditate & ſucceſſione prohibens ac improbans excipit eum caſum, quo tertius ille, de cujus hereditate & ſucceſſione pactio initur, paciſcentibus conſentit: Hoc quippe caſu pactionem valere ac ſubſiſtere ait: Verba ejus hæc ſunt: *Et nihil ex his pactionibus* (quæ nempe fiunt de obventura tertii hereditate) *obſervari, niſi ipſe fortè de cujus hereditate pactum eſt, voluntatem ſuam eis accommodaverit, & in ea usq; ad extremum vitæ ſuæ ſpiritum perſeveraverit: Tunc enim ſublatâ acerbiſſima ſpe, licebit eis illo ſciente & jubente hujusmodi pactiones ſervare.*

Non

Non adverſatur, quod ſi cum paciſcor, ut ſi hereditas Lucii Titii ad te pervenerit, eam mecum communices, ea pactio, ignorante eo, de cujus bonis agitur, non valet, quaſi ſit contra bonos mores, & ei, cujus de re agitur, pernicioſa & periculoſa; multò minus valere debeat accedente ejus conſenſu, ob eandem illam cauſam, videlicet, quia hoc conſenſu ſpes paciſcētium confirmatur & periculum conſentienti augetur. Nam quo plus ſperabunt paciſcentes, eo magis audebunt adverſus eum, ex cujus morte ſperant aliquid.

℞. Nam rectè ad hoc Donellus, periculum, quod ex pactione de futura hereditate imminere videtur ei, de cujus hereditate fit pactio, hoc caſu, quo is conſentit; non ſolùm non augeri, ſed minui etiam; ac votum mortis, atque occaſionem vitæ illius inſidiandi, conſenſu iſto omninò tolli, prout etiam ipſe Juſtinianus in *d. l. fin.* apertè teſtatur: Etenim ſi is de cujus hereditate agitur ſibi quid metuat à paciſcentibus, licèt ei evitare teſtando ſe illis jam amplius non conſentire, quod facere poteſt is, qui ignorat pactionem de ſuis bonis eſſe interpoſitam. Quin & aliis modis facilius evitabit omne periculum & inſidias paciſcentium.

Sic etiam non adverſatur, Quod qua de re aliquis ipſe paciſci non poteſt, de eadem nec aliis paciſcentibus conſentire queat, *l. ſi fundus*, §. 1. *ff. de pign. l. ſi minor. ff. de Verb. Obligat.* Jam verò is, de cujus hereditate agitur, ipſe de ſua hereditate paciſci non poteſt, ut paulò infra demonſtrabitur. Igitur nec aliis de ea paciſcentibus conſentire poteſt.

℞. Hoc, inquam, non obſtat: Nam ad id Donellus reſpondet; In caſu noſtro illum de cujus hereditate pactio interponitur, non abſolutè & ſimpliciter, ſed ſub conditione, *ſi ad promittentem ea pervenerit*, paciſcentibus aſſentitur, ſub qua conditione, cum quivis alteri hereditatem promittere poſſit, poterit utique & ſub hac eadem conditione paciſcentibus conſentire.

Non refragatur inſuper, quod pactionibus adſtringi viventium hereditates non poſſint, *l. ſi donationis*, 34. *C. de pact.* Nec pacto libera teſtandi facultas cuiquam auferri debeat: Id autem accidat in propoſito, ſi pactio ſuper obventura hereditate, conſenſu ipſius, de cujus hereditate ea fit, confirmata, valet ac ſuſtinetur.

Reſpond. Nam aſſumptio falſa eſt; Si-

qui-

quidem ei, qui in pactionem ſuper hereditate ſua conſentit, ſemper liberum eſt ſententiam mutare ac pœnitere, ut clarè Juſtinianus *in d. l fin.* illis verbis. *Et in ea usq; ad extremum vitæ ſuæ ſpacium perſeveraverit* ſignificat. Conſenſus quippe iſte habetur pro ultima voluntate, quæ ad extremum vitæ ſpiritum eſt mutabilis & ambulatoria. Hinc ad præcedentem objectionem putarem ſic quoque reſponderi poſſe: Neminem de ſua hereditate paciſci poſſe, quia tali pactione libera teſtandi facultas ei auferretur: à pactione ſiquidem ſemel perfecta recedere non licet, *l. 1. ff. de pact.* At paciſcentibus quemvis conſentire poſſe, quia conſenſus iſte ſic non adſtringit, ut ab eo recedere non liceat, ac conſequenter liberam facultatem teſtandi non adimit.

Non denique impedit, quod pactis hereditas dari non poſſit, *l. 4. C. de inutil. ſtipulat.* hoc autem in loco hereditas pacto deferatur, ſi in eam ex pactione conſenſu illius cujus eſt hereditas, roboratâ ſuccederet. ℞. Franciſcus Hotomannus pactis quidem hereditates non deferri; ſed Juſtinianum *in d. l. fin.* pro imperio conſtituere contra rationem iſtam juris civilis, *l. 5. C. de pact. convent.*

QUÆSTIO III.

An valeat pactio de futura ſucceſſione & hereditate hominis incerti?

CUM in præcedenti controverſia ſecunda aliquoties diſtinxerim inter pactionem de ſucceſſione hominis certi & incerti ſic, ut illa quidem non valeat, hæc autem de jure ſubſiſtat, nunc ex profeſſo controverſiam iſtam de pactione ſuper hominis incerti hereditate aſſumam. Etenim Petrus Gilckenius *in l. fin n. 26. C. de pact.* quoſdam è veteribus ſecutus, ſtatuit, pactionem hujuſmodi non valere.

1. Quia *l fin. C. de pact.* pactionem ſuper futura ſucceſſione prohibens, ſit generalis, nec diſtinguat inter certi & incerti hominis hereditate.

2. Quia & ratio, *d. l. fin.* in pactione de incerti ſucceſſione locum habeat; quia nempe impium ſit de viventis hereditate eſſe ſollicitum, *l. 2. §. interdum, de Vulg. & pupill. ſubſtit. l. 27 §. à patre, ff. ad Trebell.*

3. Quia facilè poſſet hac ratione lex fraude circumveniri, ſi nempe de incerti hominis hereditate loquerentur quidem paciſcentes, ſentirent verò de hominis certi ſucceſſione: Aut ſi Notarius de incerti hominis hereditate ſe ſcripſiſſe diceret,

ret; ut inſtrumentum valeret, cum partes de certa perſona tractaſſent; Cui fraudi ſic rectè occurritur, ſi indiſtinctè pactum de futura ſucceſſione prohibetur.

Cæterùm contrariam ſententiam longè veriorem eſſe judico cum Hugone Donello *in d. l. fin.*

1. Quia de quacunque re paciſci licet, de qua pactio non eſt legibus prohibita: At nulla lege, nulla conſtitutione prohibetur pactum de hereditate incerti hominis: quod enim ad hoc allegant diſſentientes, *d. l fin.* eam non ad incerti, ſed ad certi ſolùm hominis ſucceſſionem ſpectare, mox luculenter demonſtrabitur.

2. Deficiente cauſa & ratione prohibitionis, deficit quoque ipſa prohibitio; atqui ratio ob quam prohibetur pactio de tertii futura ſucceſſione, manifeſtè deficit in pactione hominis incerti. Ratio enim prohibitionis à Juſtiniano hæc allegatur, quod pactio de viventis tertii hereditate ſit plena triſtiſſimi & periculoſi eventus & acerbiſſimam ſpem mortis alterius inducat, *d. l. fin.* At hanc rationem in propoſito locum non habere exinde perſpicuum eſt, quod cum in pactione nemo apertè deſignatur, cujus ea ſit hereditas, de qua ſit pactio, non etiam oc-

Digitized by Google

caſio præbeatur inſidiandi vitæ illius, nec votum etiam & ſpes inducatur hujus, vel illius mortis.

3. Quia confirmatur hæc ſententia aperto textu, *l. 3. §. de illo, ff. pro ſocio.* In qua ſocietatem ſic iniri poſſe dicitur, ut *ſi qua juſta hereditas, alterutri obvenerit, ea ſit communis.* At hanc eſſe conventionem de futura hominis incerti ſucceſſione, negari non poteſt.

Equidem Diſſentientes reſpondent: *Primò* diſpoſitionem hujus §. *de illo.* ſublatam eſſe per *d. l. fin. C. de pact.* ſecundo ibidem tractari de hereditate, quæ jam obvenerat atq; quæſita fuerat, quamvis id ipſi ignorarint. *Tertiò in d. §. de illo* nō eſſe quæſtionē de pacto, an valeat, ſed ſolùm de ſignificatione illorũ verborũ *juſta hereditas.*

Sed nulla ex hiſce reſponſionibus admitti poteſt: *Non prima*, quia non ſolùm eſt divinatoria, ſed etiã aperte falſa: Quod enim, *d. l. fin. C. de pact.* loquatur de certi hominis hereditate, non ſolùm ex ratione illius, quam ad pactionem ſuper incerti ſucceſſione non quadrare oſtendi, ſed etiam ex illis verbis: *ſi ille fuiſſet mortuus*; Item ex his. *Quare enim quodam vivente de rebus ejus quidam paciſcuntur?* Multo minus recipi poteſt *ſecunda*, quia ex verbis textus mani-

manifeſtè refellitur, quod enim non de oblata, ſed de futura & obventura ſucceſſione, *d § de illo* agat, luculenter patet ex verbo *obvenerit*, quod eſt futuri temporis. Nec deniq; ſubſiſtere poteſt *Tertia*, quia ibi pactionem iſtam de futura ſucceſſione validam eſſe præſupponitur, ſed ad utrã ſpectet hereditatem an ad teſtamentariã, an verò ad legitimam ſeu inteſtatã quæritur? Et reſpondetur, eam ad legitimam ſpectare: Cui conſequens pactum de legitima hereditate tertii ac incerti hominis valere ac ſubſiſtere. Nõ obſtat, quod fraus facilè committi poſſet, admiſſa ſuper incerti hominis hereditate pactione &c. Nã fraus non præſumitur in Notario præſertim inſtrumentum publicum conficiẽte.

QUÆSTIO IV.

An valeat pactio de futura hereditate cum eo ipſo interpoſita, cujus eſt hereditas? Et de reciproca ſucceſſione?

PActum de futura ſucceſſione & hereditate viventis cum eo ipſo inita cujus eſt illa hereditas, non valere, plurimis in locis juris noſtri ſcriptum eſt: Sic enim in *l. 15. C de pact. & l. 3. de C. de coll.* Imperatores: *Pactum, quod dotali inſtrumento comprehenſum eſt, ut ſi pater vitâ fungeretur, ex æqua portione, quæ nubebat cũ fratre heres patris ſui eſſet,*

nec

neq; ullam obligationem contrahere, neq; libertatem teſtamenti faciendi mulieris patri potuit auferre. Et *in l. 61. ff. de V. obligat. ſtipulatio hoc modo concepta ſi heredem me non feceris, tantùm dare ſpondes? Inutilis eſt: quia contra bonos mores eſt hæc ſtipulatio.* Ideò autem contra bonos mores eſt hæc ſtipulatio, quia inducit votum alterius mortis & præbet occaſionem inſidiandi vitæ alterius: cupiet enim, qui ſe bona certò habiturum eſſe ſcit, illum decedere, de cujus bonis agitur, ut eò celerius bonis potiatur atque etiam vitæ ejus inſidiari magis audebit, dum ſe id ſecurè moliri poſſe intelliget.

2. Accedit inſuper & hæc ratio, quod hereditates pactis dari nequeant, *l. 4. C. de inutil. ſtipulat. l. hereditas, C. de pact. convent.* At pactis darentur hereditates, ſi ex pacto hujuſmodi defuncto ſuccederetur.

3. Quin & libertas teſtandi adimeretur hac pactione homini libero, *d. l. 15. & d. l. 3.* At omnis conventio qua libertas teſtandi, vel aufertur, vel reſtringitur, jure noſtro improbatur.

4. Deniq; turpis quoque eſt talis pactio, quia repugnat reverentiæ & honori, quem natura liberi debent parentibus: Si enim filius ſperabit ſe, invito patre, here-

dita-

Digitized by Google

ditatem habiturum, multa officia prætermittet tum erga patrem, tum erga fratres cæteroſque qui ad voluntatem patris pertinent: Ad quæ præſtanda neſcio quomodo homines adduci ſolent, ut provocent judicium patris, certè ne voluntatem ejus alienent. Nec verò idem in teſtamentis: Nam ſi teſtator intelligat ſe quid moliri heredem, poteſt voluntatem ſuam quovis tempore mutare, *l. 4. ff. de adim. legat.* At pactionem non item, *l. ſicut, C. de oblig. & act.*

At quid de pacto ſuper viciſſitudinaria & reciproca ſucceſſione? Anne conſimiliter improbatur? Diſtinguendum eſt, ut inter privatos quidem non valeat: Inter milites verò & perſonas illuſtres valeat. Sic enim in *l. Licet, 19. C. de pact.* Dioclet. & Maxim. *Licèt inter privatos hujuſmodi ſcriptũ quo comprehenditur, ut is, qui ſupervixerit alterius rebus potiatur ne donationis quidẽ mortis cauſa geſta efficaciter ſpeciem oſtendat: Tamen tum voluntas militum, quæ ſuper ultimo vitæ ſpiritu deq; familiaris rei decreto quoquo modo contemplatione mortis in ſcripturam deducitur, vim poſtremi judicii obtineat, propoſuaſq; te ac fratrem ad diſcrimen prælii pergentes ob communem mortis fortunam invicem eſſe pactos, ut ad eum, qui ſuperſtes fuiſſet res*

eius

Digitized by Google

ejus, cui caſus finem vitæ attuliſſet, pertinerent; exiſtente conditione intelligitur ex fratris tui judicio (quod principalium conſtitutionum prompto favore firmatur) etiam rerum ejus compendium ad te delatum eſſe. E quibus verbis ſupra poſita diſtinctio relucet. Cur autem hæc quoque pactio improbetur, ratio hæc eſt, quod ſit æque contra bonos mores & occaſionem præbeat ſperandi, optandi & captandi alterius mortem. Etenim veriſimile eſt utrumque, maximè ſi avaritiâ, quæ mater omnium malorum eſt, detineatur, anxiè expectare & optare, ut heres ſcriptus ſine liberis moriatur, aut quamprimum ſe vivo ex hac vita tollatur. Quam rationem haut obſcurè indigitant Impp. *in l. 11. C. de tranſact.* ubi tranſactio, per quam tollitur pactũ hujuſmodi de mutua & reciproca ſucceſſione, idcircò probatur, quia ſic fratrũ concordia, remoto captandæ mortis alterius voto improbabili, retineatur.

Quin & ipſa libertatem teſtandi tollit, aut certè imminuit: Nec enim liceret cõtra pactum conventum teſtari aliumque heredem inſtituere, ſi pactio iſta valeret. *Nec obſtat*, quod id, quod per ſtatutum & conſuetudinem fieri poteſt, etiam pactis & vice verſa Everhard. *in loco à pact. ad leg. ſtatut.*

ſtatut. Mynſing. *Conſ.* 14. *n.* 15. Per ſtatutum autem & conſuetudinem fieri poſſit, ut pactum reciprocæ ſucceſſionis valeat: Ut ex conſuetudine valet pactum reciprocum inter conjuges Mynſing. *obſervat.* 33. *cent.* 2. Gail. 2. *obſervat.* 126. Item valeat ex conſuetudine pactum reciprocæ ſucceſſionis inter nobiles & Illuſtres.

℞. Aſſumptio enim negatur: Quod enim ſtatuto non poſſit introduci, ut pactum valeat reciprocum, exinde conſtat, quia ſtatutum, quod bonis moribus repugnat, non valet cum rationabile eſſe debeat, non minus atq; lex; quod & in cõſuetudine obtinet; ſtatutum verò hujusmodi, quo ſucceſſionis reciprocæ pactũ confirmatur, eſſet bonis moribus cõtrarium ob ſupra dictam rationẽ, quia votũ alterius mortis induceret. Et quanquam Andr. Gail. *d. obſ.* 126. *lib.* 2. Pactum mutuæ & viciſſitudinariæ ſucceſſionis, quo inter duos vel plures convenit, *ut alterutro ſine liberis mortuo ad ſuperſtitem bona perveniant*, valere aſſerat; eò quod mutuũ & reciprocum ſit pactum, tollens ſiniſtrã illam ſuſpicionem deſiderandi mortẽ alterius: Et inſuper non ſit pactũ futuræ ſucceſſionis, cũ bona non promittantur, ut futura ſucceſſio, ſed ſit obligatio conditionalis,

ſu

ſi alteruter ſine liberis moriatur, quæ obligatio, eveniente conditione, ad tempus conventionis retrotrahatur & pro pura habeatur, *l necessariò, § 1. ff. de peric. & Commod rei vendit* ita, ut bona in pactum deducta ſtatim ex obligatione & ex cauſa donationis inter vivos debeantur; ſed exactio ob conditionem appoſitam ad tempus mortis differatur & ſuſpendatur. Etſi hæc ita Andr. Gail. d. loco, tamen quia aperto textui, *d. l 19. C. de pact.* è diametro adverſantur, ipſi aſſentiri non poſſum. Quod enim hoc pactum reciprocum non tollat ſuſpicionem ſiniſtram deſiderandi alterius mortem, ſed eam potius inducat, ſupra ex *l. 11. C. de tranſ.* perſpicuè fuit oſtenſum: Si enim, ut illìc dicitur, tranſactio, qua tollitur hujuſmodi pactum, fratrum concordiam alit & conſervat ac removet captandæ mortis alterius votum improbabile; ſequitur pactum iſtud reciprocum diſcordiam inter fratres alere & votum captandæ mortis alterius inducere: Atqui verum hoc poſterius. Igitur & prius: Contrariorum enim contraria eſt ratio, & contrarii eorum ſunt effectus. Et ſanè cum militibus hoc ſingularis privilegii loco tribuatur, ut inter ipſos ſubſiſtat hujuſmodi pactum; conſequens eſt

jus

jus commune eſſe in contrarium: Reliqua ex *d. l. 19.* ſatis ſuperque refelluntur. Et hæc cum ſine dubio ſecum penſitaſſet Andr. Gail. *in ſeq n. 6.* à priori ſentẽtia quodammodo diſceſſit, diſtinguens utrum fiat promiſſio mutua de ſuccedendo per ſtipulationem, cauſa donationis inter vivos: An verò ſimplex pactum de ſucceſſione reciproca, ut priori caſu valeat, poſteriori verò non item: Quæ diſtinctio utrum ſubſiſtat non immeritò dubitari poſſet, cum utrobique par eademque ſit ratio. Nec movet, quod ex conſuetudine valeat tale reciprocum pactum inter cõjuges: Nam id partim favore conjugum ac matrimonii; partim propterea receptum videtur, quod inter conjuges, inter quos arctiſſima conjunctio & ardentiſſimus amor intercedit, ſiniſtra hujuſmodi ſuſpicio captandæ mortis alterius locũ vix habeat; adeoque principalis in hujuſmodi pacto & præcipua ratio prohibitionis deficiat.

Nec refragatur etiam, quod inter milites valeat pactum de ſucceſſione futura reciproca: Non autem inter illos valeret ſi bonis moribus eſſet contrarium, & votum alterius mortis induceret; cum, quæ bonis moribus contraria ſunt, non magis

gis à militibus, quàm paganis fieri poſſint.

℞. Etenim tale pactum inter milites ſi valeret uti pactum, prout valeret inter paganos, ſi vires haberet, ſine dubio bonis moribus repugnaret & conſequenter illicitum eſſet: Jam verò cum non, ut pactum, ſed ut teſtamentum & ultima quædam voluntas valeat, *d. l. 19.* in verb. *Cum voluntas militum, quæ ſuper ultimo vitæ ſpiritu deq; familiaris rei decreto quoquo modo contemplatione mortis in ſcripturam deducitur, vim poſtremi judicii obtineat, C. de pact.* Ideo rectè Impp. *in d. l 19.* milites à regula excipiunt: Et ſanè plurimum intereſt, utrum valeat hujuſmodi pactio, ut pactio, an verò, ut ultima voluntas, quia conventio, quæ paciſcentem obligat, ſimul etiam libertatem mutandæ voluntatis aufert; Unde periculum illud inſidiarum maximè fluit: At ultima voluntas mutabilis eſt ad extremum vitæ ſpiritum, *l. 4. de adim. legat.* Quare ſi teſtator ſentiat & animadvertat heredem aliquid moliri, facilè poterit ſententiam mutare, alioq; teſtamento facto, prius illud rumpere. Quin imò ipſe heres quoque reverebitur teſtatorem & omni modo præcavebit ne teſtatorem offendat. Quod ad pactum de reci-

reciproca ſucceſſione juratum inter perſonas Illuſtres, Principes, Comites & Barones attinet dubium nullum eſt quin valeat ex receptiſſima totius Germaniæ cõſuetudine hominum memoriam excedẽte, de qua teſtantur Andr. Gail. *2. obſ.* 127. Fr. Hotom. *Conſil.73.* Udalric. Zaſius *Conſ. 1. volum 2.* Quæ etiam jure communi expreſsè confirmari videtur. Nam in *l. 19. C. de pact.* pactio de ſucceſſione reciproca, *ut is qui ſupervixerit alterius rebus potiatur* nominatim & expreſsè inter *privatos* prohibetur: *Licet*, inquiunt Impp. *inter privatos hujuſmodi ſcriptum, quo comprehenditur, ut is qui ſupervixerit, alterius rebus potiatur, ne donationis quidem mortis cauſa geſtæ efficaciter ſpeciem oſtendat.* Atqui homines Illuſtres non ſunt privati: Nec alibi in jure noſtro pactio reciproca inter eos interdicitur: Quare hinc ſequitur permiſſam illis licitamque eſſe pactionem reciprocam. Quin & ratio deficit in hiſce, quæ in privatis talem pactionem prohibet: Nam primò idcircò inter privatos non valet pactio de ſucceſſione futura, quamvis reciproca, quia inducit occaſionem captandi mortem alterius, & quia aufert liberam teſtandi facultatem, *l. hereditas, C. de pact. convent. l. final. C. de pact.*

At

At hæc ratio in perſonis illuſtribus idcir-
cò deficit, quia in illis non eſt præſum-
ptio & ſuſpicio captandæ mortis alienæ
cum potius tales perſonæ, ut quæ aliis ju-
ſticiâ, virtute & vitæ integritate prælu-
cere debeant, præſumantur ab hujuſmo-
di voto eſſe quam alieniſſimæ. Accedit
quod in talibus pactis plerumque aliqui-
excipiatur, de quo teſtari utrique paci-
ſcentium permittatur, adeoque ejuſmo-
di pacto non penitus tollatur teſtandi fa-
cultas. Et quamvis nihil exceptum fuerit
Si tamen a Cæſarea Majeſtate pactun
fuerit confirmatum, ſubſiſtet: Siquiden
facultas teſtandi jure civili introducta,
3. *l. ſi quæramus, ff. de teſtam.* per Imperato-
rem ex cauſa in quibuſdam perſonis tol-
li poteſt, *l. Nihil tam naturale, ff. de R. Iur.* E
ſanè cauſa hujus eſt juſtiſſima & graviſſi-
ma: Siquidem pactio talis, quam & con-
fraternitatis appellant, inſervit paci a
tranquillitati Imperii nec non defenſio-
ni ſubditorum, *Zaſius d. Conſil. 1.*

QUÆSTIO X.

*An valeat pactio liberorum cum patre, ut liber-
æqualiter ſuccedant? Et in ſpem, quid de e-
pactione dicendum, qua convenit, ut filia
dote acceptâ, nihilominus æqualiter cum cæ-
teris ſuccedat?*

Pa

PActum inter patrem & liberos, ut hi æqualiter ſuccedant, quod *Iſomerias* vocant, utrum valeat, non perinde expeditum eſt? Quod valeat contendit Anton. Contius & qui ipſum ſequuntur. Fundamentum autem ſuum habent in *Novella Leonis 19.* in qua expreſsè *l.15.C.de pact.* tanquam iniquam & abſurdam abrogat.

2. Utitur autem Leo Imperator hac ratione, quod natura & naturalis ratio conſtituat æquabilitatem inter liberos eandemque etiam à parente obſervari ſuadeat: huic autem adverſetur manifeſtè, *d.l.15.* quæ pactum, quo ad talem inter liberos æqualitatem, obſervandam ſeſe obſtrinxit pater, inutile pronunciat.

3. Quia pacta conventa obſervari debent, *l.1.ff.de pact.l.1.ff.de conſtit.pecun.* nec convenit mendacium veritati præferri & pacta conventa per improbationem adulterari; ſed decet, ut quisque verbis ſuis fidem præſtet: Atqui *d. l. 15.C.de pact.* permittit patri, ut violet pactum ipſique mentiendi feneſtram aperit & facultatem ampliſſimam concedit; proinde meritò rejicitur.

4. Quia conſentaneum non eſt, ut parentes iis, qui pariter ex ipſis nati ſunt non parem curam exhibeant neq; æquabiliter

S biliter

biliter ipſorum vitæ proſpiciant, ſed alios quidem uberiores facultates habere, aliis verò nihil parcere neq; illorum miſereri tametſi inopes in miſeria victuri ſint, velint: Sed potius æquum eſt, ut quẽadmodum omnibus liberis ex æquo vitã impertiti ſunt, ita etiam ad hanc facultatem impartiantur: Nequaquam verò velut ancipiti libra his levius quiddam; Illis verò gravius pro inæquabilitate animi ſui tribuant. His fundamentis movetur Leo, ut pactum illud Iſomerias omninò obſervandum ſtatuat.

Verùm propter hæc fundamenta, cùm nõ admodum ſint magni momenti, recedendum non puto à conſtitutione, *d. l. 19. C. de pact.* & à receptiſſima Doctorum ſententia, quod pactum Iſomerias, ſive de æquali liberorum ſucceſſione, inter patrem & liberos interpoſitum, ipſo jure ſit nullum, nec ab ullo obſervandum.

1. Quia & pacta & ſtipulationes, quibus ſucceſſiones aſtringuntur, ſunt contra bonos mores, *l. 4. C. de inutil. ſtipulat. l. 61. de V. Obligat.* ut pacta omnia de viventis hereditate, *l fin. C. de pact. l. cum donationis, 34. C. de tranſact.* quippe cum votum alienæ captandæ mortis inducant, contra *l. Cum tale, 72. ff. de condit. & dem.*

Ita-

Itaque improbus appellatur, qui de viventis hereditate eſt ſollicitus, *l.* 2. §. *interdum, ff. de Vulg. & pup. ſubſtit. l. ita tamen,* 27 §. *à patre, ff. ad Trebell.*

2. Quia pactis teſtandi libertas adimi non poteſt, *l. Cum duobus, ff. pro ſocio*, quippe quæ non privati, ſed publici juris eſt, *l.* 3. *ff. qui teſtamen. fac poſſ.* Jam verò patri adimeretur per hujusmodi pactum libera poteſtas teſtandi, *d. l.* 15. *C. de pact. & l.* 3. *C. de Collat. bonor.*

3. Sicut liberi meritis potius, quàm pactionibus ad paterna officia provocandi ſunt, *l. ſi quando*, 35. §. 1. *C. de inoffic. teſtam.* Ita parentes obſervantia, pietate & obſequio potius liberorum, quàm pactionibus ad officia paterna invitari debent.

4. Expedit liberos parentum ultionem & exheredationem metuere, *arg. l. ſi unus*, 27. §. *pacta, ff. de pact.* At hujuſmodi pactum Iſomerias ſi ſubſiſteret, non amplius liberi metuerent exheredationem, ut qui ex pacto ſcirent, ſe patri certò futuros heredes & ſucceſſores. Et ſanè videtur talis pactio reverentiam ac honorem parentibus à liberis debitum non parum

nō parum imminuere: Si enim filius ſciat invito ſe, etiam patre, hereditatem habiturum, multa pietatis officia erga parentem prætermittet.

Solutio contrariorum.

Nec ſententiam hanc longè veriſſimam & æquiſſimam infringunt argumēta Anton. Contii ex *d. Novella 19. Leonis* petita. Quod enim ad Leonis Imperatoris authoritatem ſciendum eſt Novellas iſtas in Occidentali hoc Imperio nunquam receptas, nec pro jure obſervatas fuiſſe, quia Leo iſte Imperator non præfuit Imperio huic Romano-Germanico ſive occidentali, ſed orientali ſolùm. Quare cū extra ſuum territorium nemo jus dicere poſſit, *l. fin. ff. de juriſdict.* idcircò nec Leonis Novellæ, extra illius Imperatoris Imperium, in Imperio hoc occidentali pro lege obſervabuntur. *Vide tractat. meum de Authorit. Iur. c. 6.*

Ad ſecundum ℞. Quamvis natura & naturalis ratio æqualitatem quandam inter liberos obſervari ſuadeat, tamen etiam lege naturæ datur quoddam parenti in liberos imperium, ſic ut patri non imponatur neceſſitas, ut omnes æqualiter habeat liberos ſibi ſucceſſores, alioquin ex

inæ-

inæqualibus partibus nunquam liceret liberos heredes facere, *arg. § pen. I. de Iur. Nat. gent. & Civil.* Quapropter ſic demum æqualitatem inter liberos natura obſervari jubet, niſi pater juſtam habeat & gravem cauſam cur inæqualitatem inter liberos, ratione ſucceſſionis, conſtitutam velit: Nec præſumitur pater ſine juſta cauſa inæqualitatem conſtituiſſe, ut qui præſumatur omnes liberos eadem atque æquali affectione proſequi & complecti. Adhæc non hoc vult, *d. l. 15.* quod pater non debeat æqualitatem inter liberos obſervare, ſed ſolùm ad iſtam obſervandam æqualitatem non vult pacto patrem eſſe obſtrictum, quia aliàs ipſi auferretur libertas teſtandi & inæqualitatem, ex juſta etiam cauſa, inter liberos conſtituendi. Denique ſi argumentum propoſitum aliquid probaret, concluderet etiam patrem non poſſe in teſtamento ſuo liberos in partes inæquales inſtituere. Quinimo nec exheredare poſſet juſtam ob cauſam, ſi omninò & ſemper æqualitas inter liberos habenda eſſet.

Ad tertium non eſt difficilis ſolutio: Nam pacta ſervanda ſunt, ſed ea, quæ bonis moribus non repugnant nec legibus civilibus adverſantur; At verò talem pa-

ctionem, qua pater ad æqualitatem inter liberos ſervandam adſtringitur, eſt contra bonos mores, eſt itidem contra leges, ut ex prædictis liquet, proinde ſervari non debet. Nec propterea, quod tale pactum pater non ſervat, mendacii reus erit: Tũ quia leges prohibent pactum ſervare: Tũ etiam, quia fieri poteſt, ut pater juris errore lapſus, tale pactum fecerit: At juris error à mendacio excuſat. Tum denique, quia boni mores reſiſtunt, atque pactum ſervari prohibent: At ſi non facit quis, quod facere boni mores atque honeſtas prohibent, etiamſi id facere promiſerit, non tamen mendacii accuſari poteſt.

Ad quartum reſp. in *d. l. 15. C. de pact.* non prohiberi æqualitatem inter liberos ſervari, ſed ſolùm patrem ad hoc pactione obſtringi prohiberi. Deinde iniquum eſſe, liberos inter quos æqualitatem natura conſtituit, ſine cauſa inæquales facere: At naturæ nequaquam repugnat juſtam ob cauſam, quæ in parente, ut ſupra dixi, ſemper præſumitur, liberos in ſucceſſione facere inæquales.

Quæ-

QUÆSTIO VI.

An pactum filiæ quo hereditati paternæ, dote accepta renunciat, ſit licitum & jure permiſſum?

DE jure civili res videtur expedita, hujuſmodi ſcilicet pactum ſucceſſioni paternæ renunciatorium non ſubſiſtere. Sic enim Alexander Imperator: *Pactum* ait, *dotali inſtrumento comprehenſum, ut contenta dote, quæ in matrimonio collocabatur, nullum ad bona paterna regreſſum haberet juris auctoritate improbatur, nec inteſtato patri ſuccedere filia, eâ ratione prohibetur. Dotem ſanè quam accepit, fratribus, qui in poteſtate manſerunt, conferre debet. l. 3. C. de collat.* Et Papinianus *in l. fin. ff. de ſuis & legitimis*, in hæc verba ſcribit: *Pater inſtrumento dotali comprehendit, filiam ita dotem accepiſſe; Ne quid aliud ex hereditate patris ſperaret, eam ſcripturam jus ſucceſſionis non mutaſſe conſtituit. Privatorum enim cautionem legum auctoritate non cenſeri.* Quin & Pontifex *in cap. Quamvis de pact. in ſext.* apertè fatetur jure civili, ſeu legibus ſecularibus pactionem hanc, qua filia, dote acceptâ, ſucceſſioni paternæ renunciat, improbari. At quænam hujus vera ſit ratio, non convenit inter juris Interpp.

Primò enim ſunt qui pactum de non ſuccedendo idcircò invalidum ſtatuant, quia ſuccedendi jus ſit ex legibus, adeoq; ex jure publico, ac proinde pactum, quo quis impeditur ei ſuccedere ab inteſtato, cujus vel filius ſit, vel proximus agnatus juri publico & legibus, quibus inteſtati ſucceſſio defertur, ſit contrarium: Tritum autem ſit illud, *privatorum pactionibus juri publico derogari, nec poſſe, nec debere, l. jus publicum, 38. ff. de pact. l. Neratius, 20. ff. de Relig. & ſumpt. fun. l. 1. §. ſi inter, 9. ff. de mag. conven. l. quod bonis, §. 1. ff. ad L. Falcidiam l. Cerdonem, 42. ff. de operis libert.* Quæ ratio præ omnibus aliis placet Antonio Fabro *12. Error. pragmat.* 4. Et laudatur à Gaſparo Shiferdeckero *in tractat. ad Anton. Fabr. l. 1. tract. 29. quæſt. 1.* At ego, quod pace illorum bonâ dixerim, rationem hanc minimè veram eſſe, nec ad pactum de non ſuccedendo accommodari poſſe, planè mihi perſuaſum habeo.

Tametſi enim hereditas legitima, ſeu inteſtati, lege ac jure publico liberis deferatur & proximis agnatis; defertur tamen non niſi volentibus, nec enim coguntur liberi, ut nec agnati eſſe ab inteſtato heredes, ut pluſquam notiſſimum eſt: quod cum ita ſit, ratio ſuperior non

obſta-

obſtabit quominus ſucceſſio inteſtati pacto repudiari poſſit: Nam id demum repudiari non poteſt, quod jure publico ſic alicui defertur, ut invitus etiam ac nolens volens ſuſcipere cogatur: Adhæc, quod dicitur jus publicum pactis privatorum mutari non poſſe, id ſub diſtinctione admittendum eſt: Aut enim jus iſtud ad publicam pertinet utilitatem, & pactum ſervandum non eſt, ut quod ad publicam læſionem ſpectet: Aut verò rem privati familiarem concernit, & pactum ſervandum eſt, *l.7.§ ſi paciſ.ff.de pact.* Quapropter cum illud jus, quod ad inteſtati ſucceſſionem liberos atque agnatos vocat, non ad utilitatem publicam, ſed ad rem familiarem privati ſpectet; videtur ei, niſi quid aliud obſtet, renunciari poſſe.

Secundò itaque Donellus *in l. fin. C. de pact.* & Johann. Gœdd. *in tractat. de contr. & comm. ſtip. c.6. concl. 7. n.96.* hanc rationem reddit, quod pactio de non ſuccedendo ſive quo futuræ ſucceſſioni renunciatur, ſit contra leges civiles; Idque quia pactione iſta hoc agitur ne quis ſit heres, quamvis ſit agnatus, vel filius: At hoc idcircò non poteſt per pactum effici, quoniam quandiu quis agnatus eſt aut filius, tamdiu etiam eſt legitimus heres: At pacto effici

ſici non poteſt, ne quis ſit filius, aut agnatus: quia alias tali pacto jus naturæ everteretur, *l. jus autem, ff. de pact.* Igitur etiam effici non poteſt per pactum, ne quis ſuccedat ab inteſtato.

Cæterùm hæc quoque ratio inſufficiens videtur: Etſi enim agnationis & cognationis hic ſit effectus, ut ab inteſtato ſuccedatur proximo cognato; tamen jus hoc ſuccedendi leges ſic cuivis tribuunt, ut eo, ſi velit, uti queat, ſin minus, in ejus ſit poteſtate illud contemnere. Quare & huc referenda eſt ſuperior diſtinctio, ut juri familiari ac pro ſe introducto, quod non niſi volenti defertur, quisque renunciare queat; Juri autem publico, cauſam publicam concernenti, non item *d. l. 7. §. ſi paciſcar, 14. & l. pen. C eod.* Niſi itaque aliud quid obſtet, ratio ſuperior Donelli non impediet, quominus pactum futuræ ſucceſſioni renunciatorium validum ſit ac legitimũ: Nec enim deſinit agnatus eſſe, qui ab inteſtato ſuccedere recuſat, nec filia deſinit eſſe, quæ hereditate paterna ſe abſtinet: Adde, quod cauſa non protenus tollatur, ſi effectus ipſius impediatur: Quamvis itaque tali pacto ſucceſſio ab inteſtato (quæ cognationis effectus eſt) pacto impediretur, non tamen

men filiatio, aut cognatio è medio tolleretur.

Tertiò, alii hanc rationem adducunt, quod viventis nulla ſit hereditas, nec ulla etiam ſperetur, ac proinde non poſſit hereditas pacto repudiari: Cum non-entis nullæ ſint qualitates, nec ullæ conſiderationes.

Verùm hæc ratio exigui eſt momenti: Quis enim dubitaret, quin juri futuro ac ſibi competituro quisq; renunciare poſſit?

Quapropter, his rationibus rejectis, veram eam judico, quod improbus ſit, quisquis ſollicitus eſt de ſucceſſione viventis, *l. 2. ff. de Vulg. & pupillari ſubſtitutione*, atque dicatur feſtinare contra bonos mores ac contra jusgentium, *l. donari, 29. aliàs*; *l. quidam*, §. *donationem*, *ff. de donat.* At qui paciſcitur de non ſuccedendo ei ipſi cum quo paciſcitur, is, quamvis ſibi præripiat ſuccedendi facultatem, de ſucceſſione tamen ejus cogitat: & ſollicitus eſt. Ex hac itaque ratione deſcendere puto, quod pactum de non ſuccedendo non valeat.

§. 6 QUA-

Digitized by Google

QUÆSTIO VII.

An pactum de non-ſuccedendo juratum valeat?

ET ſi pactum de non-ſuccedendo nec civili, nec Canonico jure ſubſiſtat, ut hactenus prolixè ac ſufficienter fuit demonſtratum: Si tamen juratum fuerit, ſeu juramento confirmatum, omnes Canoniſtæ ac plærique JCti pragmatici illud propter conſcientiam ſervandum eſſe pronunciant: Adeò, ut qui ita renunciavit non ſolùm ſuccedere poſteà non poſſit, ſed etiam ſi filius eſt, quoad ſucceſſionem per omnia pro extraneo habeatur; ſic ut præteriri poſſit impunè, nec magis teſtamentum patris impugnare, aut ab inteſtato ei ſuccedere poſſit, quàm ſi extraneus, aut mortuus eſſet.

Fundamentum autem hujus ſuæ opinionis conſtituunt *in cap. Quamvis, 2. de pact. in ſext.* in quo Pontifex diſertis verbis pactum hujuſmodi juratum ſervari jubet; Sic enim ibi: *Quamvis pactum patri factum à filia dum nuptui tradebatur, ut dote contenta nullum ad bona paterna regreſſum haberet, improbet lex civilis: Si tamen juramento non vi, nec dolo præſtito firmatum fuerit ab eadem, omninò ſervari oportet: Cum non vergat in æterna*

ternæ ſalutis diſpendium nec redundet in alterius detrimentum: hanc autem juris Canonici ſententiam idcircò diſpoſitioni juris civilis præferendam putant, quia in rebus conſcientiam hominis concernentibus jus Canonicum civili præfertur.

2. Juramentum, inquiunt, facit ut actus, qui alioquin non valet, confirmetur ex tradit. à Bartolo *in l. ſi quis pro eo, ff. de fidejuſſor.* Ergò & in præſenti quæſtione juramentum efficiet, ut valeat pactum iſtud, quo ſucceſsioni futuræ renunciatur, quod pactum aliàs ſine juramento non ſubſiſteret.

3. In *capit. 25. Geneſ.* Eſau fratri ſuo vendidit primogenituram atque ita ſucceſſionis futuræ privilegio renunciavit. Et tamen propter juramentum adhibitum venditio firma fuit & rata: Sic igitur etiam pactum, quo ſucceſsioni futuræ renunciatur juratò valet & obſervari debet.

Contraria ſententia verior videtur & confirmatur ſequentibus fundamentis.

1. Id quod ipſo jure nullum eſt confirmari non poteſt, cùm non entis nullæ ſint qualitates, nullæ conſiderationes & omne confirmans præſupponat aliquid, quod confirmet. Atqui pactum, quo fu-

turæ ſucceſſioni renunciatur, non ſolùm jure civili, ſed & Canonico nullum eſt; ſequitur itaque, quod pactum iſtud non poſſit jurejurando confirmari.

Reſpondet quidem Dominus Valentinus Guilhelmus Forſterus axioma iſtud, quod nullum eſt confirmari non poteſt, reſtringi debere ad id, quod ipſo jure nullum eſt, pactum verò de non ſuccedendo non ſit ipſo jure nullum: Deinde diſtinguendum eſſe, utrum aliquid prohibeatur propter turpitudinem; an verò in privilegium & favorem perſonæ, ut priori caſu nõ valeat renunciatio ne jurata quidem: At poſteriori valeat. Verùm reſponſio hæc argumentum propoſitum minimè enervat: quod enim pactum de non ſuccedendo ſit ipſo jure nullum, exinde probatur, quod id, quod contra expreſſam legis prohibitionem eſt, id nullius ſit momenti & pro infecto habeatur, *l. 5. C. de Legibus.* Atqui pactum de non ſuccedendo eſt contra leges civiles, ut ipſe fatetur Pontifex *in cap. quamvis, de pact. in ſext.* & ſatis evincit, *l. 15. C. de pact.* Diſtinctio verò adducta hûc non quadrat; Siquidem non in perſonæ privilegium, ſed ob turpitudinem, quam hujuſmodi continet pactum jure civili probibetur, ut mox dicetur.

2.

2. Quodcunque pactum bonis moribus repugnat, illud ipſo jure nullum eſt, nec juramento confirmatur, *l. 7. §. de pact. d. l. 5. C. de Legibus l. 112. ff. de legat. 2.* Atqui pactum de non ſuccedendo eſt contra bonos mores, uti in proxima quæſtione dictum fuit. Igitur pactum, quantumvis juratum, non valet.

3. Jus publicum privatorum pactis mutari non poteſt, *l. jus publicum, 38. ff. de pact. l. fin ff. de ſuis & legitim. heredibus.* Igitur nec pactum juratum.

Solutio contrariorum.

His non refragantur contraria Canoniſtarum fundamenta: Quod enim *ad cap. Quamvis de pact in ſext.* in quo potiſſimum ſuæ opinionis fundamentum Canoniſtæ conſtituunt: Ad illud reſpondeo, proponi in eo ſententiam, quæ juri civili ejusdemque diſpoſitioni & rationi è diametro repugnet: Quod enim tale pactum, quod juri publico ac legibus civilibus repugnat (quale eſt hoc de non ſuccedendo) ne quidem juratum valeat, ſatis ex *l. 7. §. & generaliter, 16. ff. de pact.* relucet. Ibi enim Ulpianus. *Et generaliter*, inquit, *quotiens pactum à jure communi remotum eſt ſervari hoc non oportet, nec jusjurandum*

ad hoc adactum, ne quis agat, ſervandum. Idem quoque ex *l.112.§.fin.de legat.1.* abundè liquet, quando in hæc verba Marcianus JCtus ſcribit: Divi Severus & Antonius reſcripſerunt: Jusjurandum contra vim legum & auctoritatem juris in teſtamento ſcriptum, nullius eſſe momenti. Quibus ſubſcribit & Juſtinianus in l.5.C.de Legibus juramentum illud invalidum pronuncians, quod acceſſit actui jure civili invalido. Cum itaque, prout ex hiſce pateſcit, pugna ſit circa propoſitam quæſtionem inter jus civile & Canonicum, ac proinde quæratur utrum alteri cedere debeat? Reſpondere non dubito jus Canonicum cedere juri civili: tum, quod illud rationi rectæ è diametro repugnet; ut quæ prohibeat de viventis hereditate & ſucceſſione eſſe ſollicitum, ac conſequenter omne pactum, quod de viventis ſit hereditate & ſucceſſione improbet; Tum etiam, quia bonis moribus prædicta de cauſa adverſatur: At quotiens accidit, ut jus Canonicum ſit rationi rectæ contrarium; jus verò civile eidem ſit conſentaneum jus Canonicum bonis adverſetur moribus, jus verò civile iiſdem congruat; præferri ſolet jus civile Canonico: Et meritò, cum pro jure non habea-

habeatur, quod non ſolùm ratione deſtituitur, ſed rationi & adverſatur. Nec impedit, quod in ſpiritualibus, cujuſmodi eſt juramentum, jus Canonicum præferatur civili; Id enim cæteris paribus verum eſt, ut ex modò adductis liquet: Præterea juramentum hîc non de re ſpirituali, ſed de re planè civili & politica, de hereditate ſcilicet & ſucceſſione, eſt interpoſitum. Præterea ſic demum & jure Canonico valet juramentum ſi non ſit contra bonos mores: At bonis moribus adverſari hoc juramentum, quo futuræ ſucceſſioni renunciatur, proximè oſtenſum eſt: Et quamvis excipiant Canoniſtæ juramento huic nullam ineſſe naturalem turpitudinem, ſed ſi qua ei inſit, eam ſolùmmodo ad jus civile ſpectare non ad jus naturale: At jure Canonico illud ſaltem bonis moribus contrarium cenſeri, quod natura improbatur & peccatum fovet peccatique ſuſpicionem inducit: Quæ verò ſolo civili inſtituto improbantur non cenſeri bonis moribus eſſe contraria: At hanc exceptionem non magni eſſe momenti hinc intelligere licet, quod tale juramentum, quo id agitur ne ſuccedatur, in ſe naturalem turpitudinem contineat, quia id confirmat,

quod

quod improbum leges pronunciant, *vide præcedentem quæſt.* Deinde omne juramentum, quo confirmatur & ratum eſſe jubetur id, quod bonis adverſatur legibus, impium eſt & Divinæ ordinationi repugnat: Etenim qui magiſtratui reſiſtit legitimo, is Dei miniſtro Divinæque ordinationi reſiſtere dicitur, *c.13. ad Roman.* Atqui reſiſtit magiſtratui, qui bonis legibus ipſius non ſolùm non obtemperat, ſed eaſdem etiam violat, & actum ipſis contrarium ſe ſervaturum jurat: Quocirca cum ob hanc cauſam juramentum hujuſcemodi etiam in æternæ ſalutis diſpēdium vergat vel ex ipſorū Canonum ſententia ſervari non debet, *d. cap. Quamvis de pact. in ſext c. Etſi Chriſtus extr. de jurejurando.* Vide quæ hac de re dicam in quæſt. 91.

Ad ſecundum non etiam difficilis eſt reſponſio: Juramentum enim non ejus eſſe efficaciæ, ut actum, à jure communi remotum, bonis præſertim moribus contrarium & peccatum foventem corroborare queat ex prædictis conſtare puto. Quin & rationi ipſi repugnat aliquid, quod nō eſt, quodq; pro infecto habetur, quale eſt pactū de nō ſuccedendo, confirmari poſſe cum omne confirmans aliquid præſupponat, quod confirmet. Et quanquam

quam quidam Canoniſtæ, qui ſubtiliores videri volunt, reſpondeant ipſum quidem actum non convaleſcere, juramentum tamen ſervandum eſſe: quam tamen inepta & ridicula ſit hæc reſponſio, infra in quæſt. 9. oſtendetur.

Ad tertium reſpondeo: Argumentum illud procedere à diverſis & ſeparatis: Nā quis non videt aliud eſſe ſucceſſionem & aliud rurſus ſucceſſionis privilegium? qui juri primogenituræ renunciavit, non protenus ſucceſſioni futuræ renunciaſſe cenſetur, cum non ſolùm primogeniti, ſed & ſecundo geniti ſuccedant. Et ut renuncians primogenituræ intelligatur renunciaſſe juri ſuccedendi ab inteſtato: Id tamen ſolùm per conſequentiam non verò directò: At multa licent per conſequentiam, quæ directò fieri non permittuntur, *l. 27. § 3 ff. de pact.*

QUÆSTIO VIII.

An pactum de re impoſſibili valeat: Et inprimis, ſi pactum ſit de re jure impoſſibili?

Impoſſi-

IMpoſſibile dicitur dupliciter vel quod natura impoſſibile eſt & cui, quo minus fiat natura reſiſtit: Vel quod per naturam quidem poſſibile eſt, ſed jure pro impoſſibili habetur, quale eſt illud cui leges, boni mores & honeſtas repugnant, ſic enim Papinianus *in l. 15. ff. de condit. Inſtit. Quæ facta*, inquit, *lædunt pietatem, exiſtimationem, verecundiam &, ut generaliter dixerim, contra bonos mores ſunt, ea nec facere nos poſſe credendum eſt.* Si itaque pactum de re natura vel jure impoſſibili fiat, quæritur an valeat, & ſi non valet, utrum ipſo jure ſit nullum; an verò ab initio ſubſiſtat & poſt exceptione doli evertatur? Et quidem de re natura impoſsibili vix dubium eſſe poteſt, quin de ea pactum initum ipſo jure ſit nullum ac pro infecto habeatur: Nam impoſsibilium nullam eſſe obligationem, regula juris definit, *l. Impoſſibilium, ff. de R. Iur.* Et Gajus *in l. 1. §. ſi id quod dari, 9. ff. de obligat. & Act.* Si id quod dari ſtipulemur tale ſit, ut dari non poſsit, palàm eſt naturali ratione inutilem eſſe ſtipulationem: Veluti ſi de homine libero, vel jam mortuo, vel ædibus deuſtis facta ſit ſtipulatio. Et Ulpianus *in l. 135. de Reg. Iur.* Ea quæ dari impoſsibilia ſunt, vel quæ in rerum natura non ſunt,

pro

pro non adjectis habentur. Et ratio hujus eſt perſpicua, quod omne pactum, omnis conventio mutuo paciſcentium conſenſu conſtet, *l. 1 ff. de pact.* Is autem, qui rem impoſsibilem promittit animum nō habeat ſeſe obligandi, quia ſcit, aut ſcire debet, tale quid pacto promitti non poſſe. Accedit huic & hæc ratio, quod nullà pactio poſsit absque ſubjecto circa quod, ſive objecto ſubſiſtere, cum omnis conventio ſit vel de dando, vel de faciendo, aut non faciendo: Subjecto autem deſtitueretur pactio in quam res impoſsibilis deducta eſt, cum talis vel in rerum natura non ſit, vel eſſe non poſsit. Hinc itaque omninò ſequi videtur pactum de re impoſsibili factum nullius eſſe momenti & ſtatim ab initio pro infecto haberi.

Cæterùm hoc ita verum ſi illi, inter quos pactum eſt initum, ignoraverint rē pacto promiſſam præſtatione impoſsibilem eſſe, *d l. 1. §. 9 in verb.* facta ſit ſtipulatio inter eos, qui ignoraverint eum hominem liberum eſſe, *ff. de oblig. & Act.* Si enim promiſſor rei impoſsibilis ſciverit rem, quam promiſit, talem eſſe, valet pactum hactenus, ut non quidem ipſa res præſtetur, quam præſtari natura prohibet; ſed ut præſtetur id quanti intereſt alterius

terius ſe non deceptum ſibique rem hujuſmodi impoſſibilem promiſſam non eſſe: Atque hoc diſertè ſcribit Juſtinianus in §. *fin. I. de empt. vendit.* ubi in hæc verba ſcribit: *Loca ſacra vel religioſa, item publica (veluti forum, baſilicam) fruſtra quis ſciens promittit, quæ tamen ſi pro prophanis vel privatis deceptus à venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut conſequatur, quod ſua intereſt eum deceptum non eſſe. Idem juris eſt, ſi hominem liberum pro ſervo emerit.*

De re jure impoſſibili idem dicendum: Res jure impoſſibilis eſt, ut dixi, quæ legibus SCtis principum conſtitutionibus & edictis prætorum adverſatur ac bonis moribus & honeſtati repugnat, *d. l. 15. ff. de condit. Inſtitut.* de tali itaque re ſi pactum ineatur non valet perinde ac ſi res, in contractum deducta naturâ impoſſibilis eſſet. Cæterùm de pactis ſuper re legibus & SCtis, &c. improbata initis prius dicemus. Hæc verò nullius eſſe momenti pluribus in locis docetur. Papinianus enim in *l. 38 ff. de pact.* Jus publicum, ait, pactis privatorum mutari non poteſt. Et in *l. 7. §. Ait prætor. ff. de pact.* Ea demum pacta ſe ſervaturum prætor pollicetur, quæ non ſint adverſus leges plebiſ-

biſcita, Senatusconſulta edicta principum. Illa verò, quæ à jure communi remota ſunt, non eſſe ſervanda, Ulpianus ſcribit *in ead. l. 7. §. Et generaliter, 16.* Cui ſubſcribit Gajus in *l. 28. ff. eod.* Contra juris, inquiens, civilis regulas pacta conventa rata non habentur: Aſſentitur his & Juſtinianus in *l. 5. C. de legibus*, ubi in hæc verba reſcribunt: *Non dubium eſt in legem committere, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem. Nec pœnas inſertas evitabit, qui ſe contra juris ſententiam ſæva prærogativa verborum fraudulenter excuſat: Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus ſubſecutum, qui contrahunt leges contrahere prohibente: Quod ad omnes etiam legum interpretationes: tam veteres, quam novellas trahi generaliter imperamus, ut legislatori, quod fieri non vult tantùm prohibuiſſe ſufficiat, cæteráque ex legis liceat voluntate colligere: hoc eſt, ut ea, quæ lege fieri prohibentur, ſi fuerint facta non ſolùm inutilia; Sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantùm, nec ſpecialiter dixerit inutile eſſe debere, quod factum eſt.*

Ex

Ex hiſce liquet, ea quæ contra legem ſunt facta nullius eſſe momenti ac pro infectis haberi; Atque hoc non ſolùm obtinere in iis, quæ legibus prohibentur ſubjecta expreſsim clauſula reſciſſoria, quod nempe actus contra prohibitionẽ legis geſtus nullius momenti & ipſo jure nullus eſſe debeat; verùm etiam cũ clauſula iſta addita non reperitur, ſed Legislator prohibet tantùm, nec expreſsim dicit inutile eſſe debere, quod factum eſt. Et ejus etiam ratio hæc eſt, quod in utroque caſu, id eſt in prohibitione ſimplici & cum clauſula reſciſſoria, voluntas legislatoris ſive legis hæc ſit, ut quod prohibet nolit fieri, & proinde factum, nolit factum, ſive velit eſſe infectum. Neque huic obſtat, quod ſententia contra leges prolata valeat. *l.7.§.4.ff.de interd. & relegat. l.1 ff de feriis, l, 13.§ pœna, ff de his qui not.inf.* ut ſi Decuriones, qui per leges pœna metalli affici non poſſunt, à judice ad eam fuerint condemnati, ſententia valet, ita ut ad Principem referri debeat adhoc, ut damnatus liberetur, *l.9.§.11.ff. de pœnis.*

Reſp. Nam propter auctoritatem rei judicatæ, ſive ſententiæ (quæ in cauſa de qua eſt lata, habet vim legis) multa conceduntur, quæ in aliis actibus non admit-

mittũtur, ſi præſertim ſentẽtia à lege differat duntaxat gradu aliquo, ut ſi pro hac pœna legibus conſtituta, decernat judex aliam, aut graviorem, aut leviorem.

Non obſtat præterea, quod manumiſſio ſervi in fraudem creditorum facta licet ſit apertè legi Æliæ Sentiæ contraria *pr.& §.1.2.l.quib. ex cauſ.manum.non licet* dicatur tamen reſcindi, *l.5.§.fin ff. qui & à quibus manum.* item revocari, *l.1. Cod. qui manum. non poſſ.* itemque interpellari, *l.2. l.24.ff.qui & à quibus manum.* ℞. Nam verba iſta *reſcindi, revocari, infirmari, interpellari* & ejus generis alia, privativam ſignificationem habentia, frequentiſſimè in jure noſtro ad illos referuntur actus, qui ipſo jure & ſtatim ab initio nullius ſunt momenti: Sic enim *in l.1.§.2. de feriis & dilat.* ſententia, quæ nullius erat momenti, utpote contra leges apertè lata, dicitur infirmari; item reſcindi, *l.1 & tot.tit.ff. qui ſentent ſine appellatione reſcindantur.* Sic & pupillaris ſubſtitutio, quæ nullius erat momenti, infirmari tamen dicitur, *l.43.§.2 ff. de Vulg.& pupill.ſubſtit.* Et pactum à jure communi remotum, quod & ipſum ab initio eſt nullum, *d l.5.C.de legib.* reſcindi dicitur *in l.7.§.16 ff. de pact.*

Dicuntur autem ejuſmodi actus re-

Digitized by Google

ſcindi non quatenus jure voluerunt & ſubſtiterunt; ſed quatenus de facto proceſſerunt, ut nempe quod ex illis ſecutum quodvè traditum eſt revocetur ac reſtituatur.

Sic itaque in objectis legibus, manumiſſio in fraudem creditorũ facta reſcinditur, revocatur & interpellatur, nõ quatenus re vera valuit & ſubſtitit, ſed quatenus de facto proceſſit, ut nempe ſervus manumiſſus ad priſtinum revertatur ſervitium. Atque hoc ita ſeſe habere relucet exinde, quod Juſtinianus diſertis verbis ſcribat, eum, qui in fraudem creditorum manumittit nihil agere. Item legem Æliam Sentiam impedire libertatem, *princ. I. quib. ex cauſ. manum. non lic.* Cui conſequẽs eſt, ut cum alibi dicitur reſcindi & revocari libertas, id impropriè & eo, quo diximus ſenſu, dictum accipiatur.

Similiter non adverſatur, quod manumiſſio ſervi minoris ex non juſta cauſa contra legis Æliæ Sentiæ expreſſam prohibitionem facta, ſi à conſilio, cauſa cognita & probata fuerit non tractetur nec revocetur, ſed valida ſit atque ſubſiſtat, *§. Semel autem, Inſtitut quib. ex cauſ. manumiſſ. non lic.*

℞. Nam id partim fit ob favorem liber-

bertatis, qui maximus eſt, ac tãtus, ut propter eum multa ſint à veteribus Legumlatoribus, contra communis juris Regulas conſtituta & ſancita §. *final. I. de donat.* partim verò propter auctoritatem Conſilii, quæ non parum minueretur ſi manumiſſio ſemel ab ipſo probata & admiſſa, tanquam ex errore quodam perperam data retractaretur.

Denique hic obſervandum eſt, quod ſi lex aliqua fieri vetat, &, ſi id factum non ſit, nominatim pœnam hanc conſtituit, ut quod factum eſt valeat aliquo modo ab initio, ſed poſtea reſcindatur; Quamvis contrarium ſit legi, valeat tamen, quia lex vult, ſed poſtea reſcindatur, quia lex nominatim jubet. Hinc licet Prætoris edicto ac Imperatorum conſtitutionibus expreſſim improbetur ac prohibeatur pactum dolo malo initum, aut vi ac metu extortum, *l. 7 §. Ait Prætor. ff. de pact.* Quia tamen ita improbatur, ut ſi initum fuerit per reſtitutionem in integrum reſcindatur, aut per actionem doli aut metus expurgetur; idcircò etiam non ſtatim ab initio eſt nullum, ſed ſubſiſtit, verùm poſtea reſcinditur.

QUÆSTIO IX.

An quæ pacto hujusmodi acceſſerunt & ipſa ſint nullius momenti?

OBtinuimus & evicimus, ea, quæ prohibente lege, ſunt facta, inutilia eſſe ac pro infectis haberi. Sequitur, ut inquiramus, an & eorum acceſſiones veluti ſtipulatio, pignus, jusjurandum, fideijüſſio, &c. æque ſint inutiles? Et quod ſint inutiles nulliusq; momenti expreſsè teſtantur Impp. Theod. & Valent. in ſupra citata *l 5. Cod de legibus*, dum ita reſcribunt: *Sed etſi quid fuerit ſubſecutum ex eo vel ob id, quod interdicente lege factum eſt, illud quoque caſſum atq; inutile eſſe præcipimus: Secundum itaq; prædictam regulam qua ubicunq; non ſervari factum lege prohibente cenſuimus, certum eſt nec ſtipulationem eiusmodi valere nec mandatum eſſe ullius momenti, nec ſacramentum admitti.* Idem planè confirmat, *l. 7. §. Et generaliter, ff. de pact.* Ubi Ulpianus *& generaliter* inquit *quotiens pactum à jure communi remotum eſt ſervari hoc non oportet, nec legatum, nec jusjurandum de hoc adactum ne quis agat ſervandum Marcellus libro ſecundo Digeſtorum ſcribit & ſi ſtipulatio ſit interpoſita de his, pro quibus paciſci non licet; ſervanda non eſt, ſed omnimodo reſcindenda.* Et Mar-

cianus

cianus *in l.112.§ fin. ff. de legat. 1. Divi Severus, ait, & Antoninus reſcripſerunt jusjurandum contra vim legum & auctoritatem juris in teſtamento ſcriptum, nullius eſſe momenti.* Et ratio hujus perſpicua eſt, quod nempe acceſſio ſequatur cauſam principalem & cum principale non ſubſiſtat, nec acceſſorium valere ac ſubſiſtere poſſit.

Nec refragatur huic, *l.38.§ alteri, ff. de V. obligat.* ubi, licèt principalis ſtipulatio alteri facta ſit inutilis; tamen huic accedens ſtipulatio pœnalis valet.

℟. Non enim pœnalis ſtipulatio eſt ejus ſtipulationis, cui ſubjicitur, acceſſio; cum poſſimus jam à principio decem nobis ſtipulari, *ſi Titio fundum non dederis*, ut conditione non impleta, non minus decem debeantur, quàm ſi prius ſtipulatus eſſem *fundum Titio dari.*

Hinc igitur cum diverſæ ſint ſtipulationes, utilis per inutilem non vitiatur, *l. 1.§ 5 ff. de V. oblig.*

Similiter non obſtat, *l. Etſi is, 9. C. de præd. minor.* ubi Curator prædium minoris vendens, de ſuis rebus pignus, evictionis nomine, dedit. Et licet Principalis contractꝰ emptionis venditionis, utpote contra Conſtitutionem Severi Imperatoris initus

 tus

initus, non ſubſiſtat, pignus tamen, quod acceſſorium eſt, valere dicitur.

℟. Etenim prædicta Divi Severi conſtitutione venditio prædiorum minoris non ſimpliciter improbatur; ſed hactenus duntaxat, quatenus pupillo noceat ejusq; bona per eam alienantur & transferuntur vel diminuuntur: proinde reſpectu aliorum, contractui venditionis accedentium ſubſiſtit venditio: quod enim venditio prædiorum minoris eſt inutilis, id ſingulari favore minorum receptum eſt, continetque beneficium & jus planè ſingulare minorum. Quocirca ipſis ſolùm prodeſt, perſonam verò illorum non tranſit nec ad alios porrigitur: Quod enim contra rationem juris communis receptum eſt, non eſt producendum ad conſequentias, *l. quod contra, ff. de Legib. l. quod verò, ff. de R. Iur.*

Atque huc pertinet, quod Paulus ait: In omnibus cauſis id obſervari, ut ubi perſonæ conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficiat, *l. 68. ff. de R. Iur.*

Idem quoque reſpondendum eſt, *ad l. 127. ff. de V. Obligat.* ubi ſtipulatio pupilli, qua alteri quippiam promiſerat, inutilis erat juxta *pr. I. de auct. tut.* & tamen fidejuſſor.

juſſor inutili iſti ſtipulationi accedens firmiter obligatur. Reſp. Nā quod pupillus non obligatur ratione ſuæ perſonæ, id ex ſingulari ejus privilegio ac beneficio deſcendit, *l. interdum, ff. de condict. indeb.* & ideò fidejuſſoribus prodeſſe non poteſt.

Quapropter his ita remotis, relinquitur acceſſiones ejus, quod contra legem eſt factum æquè atque ipſum principale eſſe inutiles.

Cæterùm de JURAMENTO an & ipſum, ſi acceſſerit pacto contra prohibitionem legis Civilis facto, nullius ſit momenti, nec obſervari debeat, quæſtio eſt apud JCtos pariter & Theologos admodum controverſa? Mihi tamen placet illorum ſententia, qui juramentum hoc caſu inutile nec obſervandum ſtatuunt: Moveor autem his ſequentibus fundamentis.

1. Quod non uno in loco Juris noſtri expreſsè ſancitum reperiatur juramentum, confirmandi illius actus gratia, qui contra prohibitionem legis eſt factus, interpoſitum nullius eſſe momenti, ut *in l. 7. §. 16. 6. ff. de pact. l. 112. §. fi. ff. de l. 1 l. 5. C. de leg.*

2. Accedit, quod id, quod pugnat cum ordinatione divina, nullius ſit momenti: Juramentum verò illud, quo ratificatur, approbatur & confirmatur pugnat cum

ordinatione divina; cum leges Politicæ à magiſtratu legitimo, qui Dei miniſter eſt, profectæ ſint nihil aliud, quàm ordinatio Dei 13. *ad Roman.* Quare juramentum hujuſmodi obſervari non debet.

3. Quin etiam, ſi actus per ſe illicitus ac legibus improbatus juramento confirmaretur, ampliſſima atque exoptatiſſima occaſio malitioſis præberetur hominibus fraudem faciendi legibus, eaſdemque eludendi ac circumveniendi latiſſima aperiretur feneſtra. Quisque enim audacter contra legem peccaret, ac, ne actus illicitus, tanquam nullus, rejiceretur, juramentum adderet: Hoc autem quam foret Reipublicæ pernicioſum!

4. Inſuper juramentum, etiam ex Canoniſtarum ſententia, tres debet habere comites inter eosque præcipuum locum obtinet *Juſtitia*: Atqui hanc comitem non habet juramentum contra præſcriptum legum factum.

5. Adde quod nec ratio ipſa permittat confirmari id jurejurando, quod nullum eſt quodque pro infecto habetur. Cum non Entis nullæ ſint qualitates, nullæ conſiderationes: ac omnis confirmatio aliquid præſupponat, quod confirmet.

Non equidem ignoro Canoniſtas non

nullos

nullos ad fundamenta hactenus adducta reſpondere, actum quidem illicitum ac lege prohibente factum, non confirmari jurejurando nec eum ſervari debere, ſed jusjurandum, quod actui illi acceſſit obſervandum eſſe.

℞. Verùm inepta & plus quam ridicula eſt hæc exceptio. 1. Quia juramentum eſt acceſſorium: At nullum acceſſorium valet ac ſubſiſtit niſi & principale valeat, *arg. l. ſi eum*, §. *qui in uriarum, ff. ſi quis caut.* § 5. *I. de fidejuſſor*. 2. Quia juramentum ſervari non poteſt niſi & actus, qui iſto juraméto confirmatur, obſervetur: Ut ſi quis contra legem Juſtiniani Imperatoris fundum dotalem alienaret, inſcia, vel conſcientiæ uxore & addito juramento juraret ſe alienationem iſtam non revocaturum, quî obſecro alienatio obſervaretur: Aut quî ſalvo jurejurando alienatio revocari poſſet. 3. Quia in legibus ſupra adductis non actus jurejurando confirmatus ſolùm, ſed ipſum quoque Jusjurandum irritũ, infectum, ac nullius eſſe momenti clarè pronunciatur. 4. Quia denique & rationes ſupra adductæ, 2. & 3. 4. perſpicuè demonſtrant, ipſum etiam juramentum invalidum & nullius eſſe momenti.

His non obſtat. 1. Quod generale ſit Dei præceptum: Non uſurpabis nomen Domini Dei tui temerè ſeu fruſtra: Cui præcepto omninò conſequēs ſit, ut quod juratum eſt, præſtari debeat, quia ſic fiat; ne fruſtra ſit juratum.

℞. Nam præceptum illud: *Non uſurpabis nomen Domini tui temerè* eò, ſpectat, ne tum, cum uſurpatur nomen Domini, uſurpetur temerè ac fruſtra, ut ſi juratur, quid futurum, ne temerè & illicitè juretur: Nō verò eò pertinet, ut ſi quid ab initio juratū ſit illicitè, id neceſſum ſit præſtari poſtea: Quin imò id fieri potius hoc eodem præcepto prohibetur: Nam ſi eum, qui illicitè juravit, ſe quid præſtiturum id agēs, ut contra leges ad eam rem obligetur; volumus tanquam obligatum id præſtare, quid aliud volumus, quàm eum in eadem temeraria nominis Dei uſurpatione perſeverare, atque id facto ſuo confirmare, ad quod prius illicitè & contra legem obligari voluerat.

2. Similiter non adverſatur, quod in *Pſalmo 50.* jubemur reddere Domino Deo vota noſtra. Reſp. Dictum illud Pſalmi accipiendum eſſe de votis licitis non de illicitis: Non enim poteſt dici aliquid reddi Deo, niſi quod ille accipit: Illicita autem

tem

tem vota non modò non accipit Deus, ſed etiam averſatur: Atqui votum illud ac jusjurandum, quod repugnat legibus Civilibus eſt planè illicitum: Quare hujuſmodi votum Deus non accipit & conſequenter illud reddi non debet.

3. Sic etiam non adverſatur, quod in *Pſalmo 15.* inter alias notas viri boni, ex præſcripto & mente divinæ legis, & hæc recenſetur, ut ſitis, qui jurat damno ſuo & non mutat.

Reſp. nam & hoc de votis licitis tantùm & jure permiſſis, non etiam de illicitis accipiendum.

4. Non etiam magni momenti eſt, quod ajunt homini Chriſtiano non debere chariorem eſſe pecuniam, quàm nomen Dei, nec minoris æſtimari debere animæ ſalutem, quàm bona caduca & præſentis vitæ opes. Nec Deum veracem fragilium bonorum cauſa falſi ſuffragatorem & adumbratorem conſtitui oportere; ſed hiſce omnibus juramenti religionem potiorem haberi debere.

Reſp. Juramenti veri & juſti religionem eſſe cuſtodiendam etiam cum rei familiaris ac bonorum hujus mundi jactura & detrimento. Non verò illegitimi illiciti,

& cum damno Reipubl. conjuncti: Hujus enim nulla eſt religio nec poteſt etiam ſalvâ conſcientiâ ſervari.

5. Præterea non obſtat, quod alienatio fundi dotalis conſenſu uxoris à marito facta, quamvis Juſtiniani conſtitutione prohibeatur, & improbetur, *prin. Inſtit. quib. alien. licet.* Si tamen jurejurando fuerit confirmata, ſubſiſtat ac valeat, *cap. cum contingat. extr. de jurejurand.* Item quod in *cap. Quamvis de pact. in ſext.* jusjurandum contra juris civilis diſpoſitionem ac prohibitionem expreſſim factum jubeatur firmum eſſe & obſervari, ea de cauſa, quod non vergat in æternæ ſalutis diſpendium, nec redundet in alterius detrimentum.

℞. Hoc, inquam, non obſtat: Juris enim Canonici diſpoſitioni hîc non ſtamus. 1. Quia omne juramentum, legibus bonis Politicis contrarium, bonis etiam moribus adverſatur: Quippe contra bonos mores eſt legum Civilium transgreſſio ac violatio. 2. Quia quodcunque adverſatur ordinationi divinæ, id proculdubio etiam eſt contrarium bonis moribus nec bona conſcientia, obſervari poteſt, ſed vergit in æternæ ſalutis diſpendium: Atqui juramentum illud, quod actum jure civili prohibitum confirmat, adverſa-

tur

tur ordinationi divinæ; ſiquidem magiſtratus Politicus atque leges ab ipſo latæ, ordinatio divina appellantur *in cap. 13. ad Roman.* 3. Quia occaſionem præbet hujuſmodi juramentum contemptui magiſtratus, violationi legum omniſq; generis fraudibus ac machinationibus, ut oſtenſum fuit.

6. Adhæc non obſtat, quod in *l. 1. & ſubjecta Authent. Sacramenta puberum Cod. ſi adverſus vendit.* emptio prædii à minore, contra expreſſam Severi Conſtitutionem facta, omninò ſit obſervanda, ſi jurejurando confirmata fuerit.

℞. Nam *l. 1. & d. Auth. Sacramenta pub.* nõ agitur de contractibus contra legis præſcriptũ vel prohibitionẽ initis, ſed de cõtractib. puberũ jure ipſo validis, qui propter interpoſitum jusjurandum per in integrum reſtitutionem reſcindi aut retractari nõ debeant: Id quod exinde ſatis & perſpicuè relucet. 1. Quod verbum *contractus* in dubio pro contractu valide ac jure perfecto accipiatur. 2. Quod *d. Authentic. Sacramenta* loquatur expreſſim *de contractibus non retractandis* id, quod ad contractus ipſo jure nullos, referri non poteſt.

7. Denique non confirmat contrariam opinionem Exemplum Joſuæ ducis

Iſraelitici, qui, quamvis Gabeonitis dolo circumventis contra expreſſum Dei mandatumque legemque divinam, *Deuter. 20.* jurejurando interpoſito fidem dediſſet: Tamen fidem illis ſemel datam ſanctè cuſtodire voluit: *Iuravimus*, inquiens, *illis in nomine Domini Dei Iſrael & idcircò non poſſumus eos contingere Ioſua 9.* Quod ipſum quoque à Saule violatum Deus graviſſimè eſt ultus *2 Samuel. 21.*

℞. Hoc, inquam, exemplum non obſtat: 1. Quia non exemplis, ſed legibus judicandum, maximè ſi exempla legibus ac bonis moribus repugnent. 2. Quia juramentum Joſuæ non fuit contrarium mãdatui divino, nec fuit de re illicita interpoſitum. Tum, quod Joſua & Seniores populi Iſraelitici, à Gabeonitis dolo circumventi, ignorarint illos terræ promiſſæ incolas atque ex illarum gentium numero eſſe, de quibus Præceptum Deuteron. 20 *verſ. 16.* loquebatur: Illud verò juramentum demum ſit illicitum, quod, dum juratur, ſcitur eſſe illicitum, *cap. Innocens, §. Illicitum cauſ. 22. quæſt 4.* Tum etiam, quod lex illa de gentibus Cananæis delendis de his concepta fuerit, quæ Iſraelitis terram promiſſam occupaturis reſiſterent; Nec aliter fœdus inire vellent,

niſi

niſi in ſua poteſtate & religione manere permitterentur. At ſi qua gens aut incola terræ Canaan ſeſe ſubjiceret Iſraëlitis, religionem Judæorum aſſumeret ac circumcideretur, cum ea fœdus inire licebat, ut tamen non haberet dominum in Iſraël: Ejus verò generis erant Gabeonitæ, prout de illis ſacra teſtatur hiſtoria, *Iohann. Brent: in explicat: cap. 9. Ieſua.* Quin & Deum, qui circa legem *Deuteron. 20.* diſpenſare potuit; diſpenſaſſe ac Joſuam Gabeonitis ex divina diſpenſatione fidē dediſſe datamque ſervaſſe, vel exinde colligitur, quod Deus fœdus cum Gabeonitis initum, à Saule verò violatum, in poſteris Saulis graviſſimè fuerit ultus, *2. Sam. 22.* Quin &, quod Deo fœdus iſtud gratum fuerit, inſigni miraculo ipſe teſtatus fuit. Cùm & Joſua & Principes Gabeonitas tanquam confœderatos defenderent, Deus non tantùm victoriam inſignem conceſſit: Sed etiam miraculosè curſum ſolis inhibuit, quo tempus ulciſcendi Gabeonitarum hoſtes, jam ſuos, ſuppeteret. *Andr. Oſiand. in inquiſit. cathol. de tract. hær. Quæſt. 3.*

Quæstio X.

An pactum de re turpi initum ſit ipſo jure nullū?

Dixi-

DIximus & illud pactum de re impoſſibili initum dici, quod de re turpi factũ eſt: *Quæ enim facta lædunt pietatem, exiſtimationem, verecundiam & contra bonos mores fiunt, ea nec fieri poſſe credendum eſt*, ait JCtus in *l. 15. ff. de condit. Inſtit.* Quocirca, quæ pacta de re turpi ſunt ea pro nullis & infectis habentur. Id quod etiam Paulus *in l. 27. §. 4 ff. de pact.* clare teſtatur, *pacta*, inquiens, *quæ turpem cauſam continent, non ſunt obſervanda, veluti ſi paciſcar, ne furti agam vel injuriarum: expedit enim timere furti vel injuriarum pœnam*. Et Ulpianus *in l. 29. ff. de V Obligat. Generaliter novimus turpes ſtipulationes nullius eſſe momenti.* Id quod etiam perſpicuè confirmant Dioclet. & Maximin. *in l. 4. C. de inut. ſtipulat.* ubi in hæc verba reſcribunt: *Ex eo inſtrumento nullam vos habere actionem, in quo contra bonos mores de ſucceſſione futura interpoſita fuit ſtipulatio; manifeſtum eſt: Cum omnia, quæ contra bonos mores, vel in pactum, vel in ſtipulationem deducuntur nullius ſint momenti.*

His non obſtat. 1. *l. 8. ff de cond. ob turp. cauſ. Si ob turpem cauſam promiſeris Titio, quamvis, ſi petat, exceptione doli mali vel in factum ſummovere eum poſſis, tamen ſi ſolveris non poſſe te repetere, quoniam ſublata proxima cauſa ſtipulationis, quæ propter exceptionem*

nem inanis eſſet, priſtina cauſa id e. turpitudo ſupereſſet: Ecce hìc ſtipulatio de re turpi erat inita & tamen exinde actio datur, quæ exceptione doli mali repellitur, cui conſequens eſt, ſtipulationem non ipſo jure nullius eſſe momenti, ſed ſubſiſtere jure ſtricto, verum pòſt exceptione doli mali repelli, reſpondet enim Æmilius Ferrettus *ad l. 26. ff. de V Oblig.* diſtinguendum eſſe inter turpitudinem graviorem & leviorem; ſic ut, quæ pactio gravem contineat turpitudinem, ea ſit ipſo jure nulla, quæ verò turpitudinem minorem habet, ea ipſo jure ſubſiſtat, ſed doli exceptione infirmetur. Probat verò hanc diſtinctionem primo ex *l. 1. §. 4. ff. de dolo malo in verb.* ſi ſtipulatio adeò turpis ſit, ut ex ea nemo daturus ſit actionem. quibus indicatur ſtipulationem interdum non ita turpem eſſe, ut ex ea denegetur actio, ut ſi ſimplici dolo quis inducatur ad cõtrahendum: Deinde, quia omnibus in locis, in quibus dicitur pactio ob turpitudinem eſſe nulla, agitur de gravi turpitudine, ut de adulterio, de homicidio, de furto, &c.

Sed hæc diſtinctio vix ſuſtineri poteſt, quia in pleriſque textibus, in quibus pactum de re turpi improbatur, agitur de tur-

turpitudine in genere, *l. Generaliter*, *26 ff. de Verb. Obligat. l. pactum, quod contra*, *C. de pact. d. l. 27 §. 4. eod. l. 4. de inutil. ſtipulat.* Deinde, quia & oppoſita, *l. pen.* indiſtinctè de turpi cauſa loquitur, ut ita diſtinctio iſthæc in jure fundata non ſit. Denique, quia pactum illud, *ne dolus præſtetur*, procul dubio leviorem continet turpitudinem, & tamen, quia turpe eſt, nullius eſt momenti, *l. 23. ff. de R. Iur.*

Proinde cum Bartolo & Donello reſpondendum puto ad oppoſitam, *l. pen. ff. de condict. ob turp. cauſ.* diſtinguendo inter turpitudinem expreſſam & tacitam; ut illa pactum vitiet; Hæc verò non itemː Quæ diſtinctio fundatur non ſolùm in trita iſta & vulgari juris regula, *expreſſa nocent*, *non expreſſa non nocent*; ſed etiam in expreſſo textu, *l. 27. § 3 ff. de pact.* in quo Paulus. *Illud nulla pactione effici poteſt*, *ne dolus præſtetur*, *quamvis ſi quis paciſcatur ne depoſiti agat*, *vi ipſa id pactus videatur*, *ne de dolo agat*, *quod pactum proderit.* Hìc quippe pactum *ne dolus præſtetur*, quia contra bonos mores eſt & delinquendi occaſionem præbet, nullum eſt; & tamen pactum *ne depoſiti agatur*, quamvis vi ipſa idem contineat *ne dolus præſtetur* valet, quia illic turpi-

turpitudo expreſſa eſt: At hîc non item.

Rurſus non obſtat, *l. Titia*, 134. *ff. de Verb. Obligat.* in qua itidem ſtipulatio, quæ inhoneſta & contra bonos mores eſt, dicitur actionem parere, quæ exceptio ne doli elidatur: Verba hæc ſunt: *Reſpondi in ſtipulatione, quæ præponeretur, cum non ſecundùm bonos mores interpoſita ſit, agenti exceptionem doli mali obſtaturam, quia inhoneſtum viſum eſt, vinculo pœnæ matrimonia adſtringi, ſive futura, ſive jam contracta.*

℞. Etenim rectè, meo judicio, Donellus ſtipulationem, de qua in objecta lege agitur, non eſſe directò contra bonos mores & inhoneſtam, quia per eam id primo & directò non agatur, ut libertas matrimonium ineundi adimatur: Non ſtipulantibus ipſis, quia de ſuo matrimonio non paciſcuntur. Non illis, de quorum nuptiis agitur, qui ſtipulatio, quæ inter alios interpoſita fuit, ipſis non præjudicat: Sed obliquè ſolùm ſtipulatio huc ſpectat, ut illis quodammodo libertas contrahendi matrimonium adimatur, de quorum matrimonio fuit actum, quia liberi metuunt, aut parentum minas, aut ne illi in pœnam incidant.

Quæ-

QUÆSTIO XI.

An de criminibus publicis non capitalibus liceat gratis donandi animo, poſt accuſationem inſtitutam, paciſci?

CUM in *l 18. C. de tranſact.* ajunt Impp. *in illis criminibus, quæ ſanguinis pœnam non ingerunt tranſigere non licere* nec addunt, ut in præcedenti Regula *paciſci*; Quæritur ab Interpp. An igitur permiſſum ſit de non capitalibus publicis criminibus paciſci? Et prima fronte dicendum videtur, pactionem ſuper hiſce criminibus licitam eſſe.

1. Quotiens enim ex quibuſdam alia prohibentur, alia non prohibentur, quæ prohibita non ſunt, permiſſa intelliguntur, *l. mutuus, §. 1 ff de procur l. 1. ff. de teſtibus.* Jam verò *in d. l. 18. C de tranſact.* prohibetur Tranſactio de criminibus non capitalibus; pactio non prohibetur. Ergo illa prohibita; hæc permiſſa cenſetur.

2. Accedit, quod in *l. 4. in fin. & l 5. ff. de his qui not. infam.* prohibeatur de criminibus privatis Tranſactio: At de iiſdem pactio permittatur, *l. 6. §. 3. eodem tit.* Quare & de criminibus publicis non capitalibus idem dicendum erit, cum maximè non poſſit

poſſit ratio dari, cur de his aliud, quàm de illis ſtatuendum ſit.

3. Adde quod ratio, quæ prohibet reum de non capitali crimine tranſigere, penitus deficiat in pactione ſuper criminibus non-capitalibus: Non enim adverſarium corrupiſſe dici poteſt, qui gratuita pactione atque precibus, non precio, ab accuſatore impetrat, ut is à lite & ab accuſando deſiſtat. Jam verò deficiente ratione juris deficit quoque juris diſpoſitio.

Contrariam tamen opinionem, quod nempe de criminibus non capitalibus publicis non minus pactio quam transactio prohibita ſit amplectuntur Donell. *in d, l. 18. num. 19.* Matthæus Glock *ibid. p. 3. c. 3.* Et Gilken. *num. 68.* quorum hæc ſunt fundamenta.

I. Quòd accuſator, quomodocunq; deſiſtat, ſive gratis, ſive acceptâ pecuniâ, in SCtum Turpill. incidat *l. 1. §. ſi quis & tot. tit. ff. ad SCtum Turpill.* Et paciſcendo etiam de crimine publico prævaricetur, *l. 10. C. de adult.*

II. Ita argumentatur Klock. De quibus rebus tranſactio eſt interdicta, de iiſdem quoque interdicta eſt pactio, *Paul. 1. ſent. 1.* At de criminibus publicis non capita-

pitalibus tranſactio interdicta eſt, *d.l.18.* Ergo & pactio.

Verùm major propoſitio hujus argumenti univerſalis non eſt, idque argumẽtis minimè obſcuris demõſtrari haut difficulter poteſt, ut proinde non exiſtimarim huic rationi multum tribuendum eſſe: Interim tamen priori ratione ſufficienter probatur, quod nec accuſatori integrum ſit pactione gratuita ab actione deſiſtere.

Reſponſio ad contraria argumenta.

Ad primum Rℽ. in *d.l.18.* poſteriori membro ſeu Regula omiſſam eſſe pactionem, atque tranſactionis ſolius mentionem fieri, non quod de criminibus capitalibus tranſigere ſolùm, non etiam paciſci ſit prohibitum, ſed idcircò Impp. tranſactionis tantùm meminerunt, quia de tranſactione major fuerit dubitatio, quã de pactione propterea, quod Ulpia. diſertè ſcribat: *Non eſſe interdictum licitis tranſactionib. ſed ſordidis concuſſionib. l.1 §.3 ff. de calum.* Ad tollendum itaq; dubium iſtud, & ut conſtaret, de publicis non-capitalibus criminibus nõ modò nõ paciſci, ſed nec tranſigere licere citra accuſationem falſi apertè reſcripſere Impp. de publicis criminibus, quæ ſanguinis pœnam non ingerunt citra

falſi

falſi accuſationem tranſigere non licere: pactionem verò minimè hoc ipſo admiſerunt: Nam quod dicitur quotiens ex quibuſdam alia prohibentur, alia non prohibentur, quæ prohibita non ſunt, permiſſa intelligi; id verùm eſt, niſi intentio ſcribentis diverſum ſuadeat.

Ad ſecundum ℞. A privatis delictis ad publica, quantum ad præſens negocium, non procedere argumentum: Nam alioquin & accuſator privati criminis non poſſet liberali pactione deſiſtere ab accuſando & deſiſtens incideret in SC. Turpil. & falſi accuſationem ac pœnam incurreret; perinde, ut publici non capitalis criminis accuſator, quod tamen verum non eſſe facilè largiuntur omnes: Proinde mirum non eſt, ſi & reo poſt acceptum judicium paciſci permittitur de privatis delictis aliter atque de publicis non capitalibus.

Ad poſtremum ℞. Quanquam reus de non capitalibus paciſcens non incidat in SCtum Turpillianum: Falſi tamen accuſationem eum non effugere: Falſum quippe committit reus, dum pactione veritatem tegere ac ſupprimere conatur. Hinc Impp. Alexander *in l. de crimine, 10. C. ad L. Iul. de adult. De crimine,* inquit

inquit *adulterii paciſci non licet & par delictum eſt accuſatoris & rei fugientis*, (ut bene legit Cujacius) *veritatis inquiſitionẽ* Quare ſicut accuſator deſiſtens ab accuſando, veraſque probationes ſuas falsò diſſimulans, falſas autem adverſarii allegationes admittens, prævaricatur & manifeſtè falſum committit, *l.1. in princ. & §. prævaricatorem, ff ad Turpill.* & conſequenter paciſcendo ab accuſatione deſiſtere non poteſt; ita & reus paciſcendo ſuper crimine, veri inquiſitionem defugit, falſumque manifeſtè committit, & ideò de criminibus, ſanguinis pœnam non ingerentibus, ne quidem gratis citra falſi accuſationem paciſci poteſt.

Quæstio XII.

An de controverſiis, quæ ex teſtamento oriuntur, liceat, non inſpectis nec cognitis teſtamenti verbis gratis atq; donandi cauſa paciſci?

De controverſiis, ex teſtamento naſcentibus, tranſigere nõ licere niſi verba teſtamenti inſpiciantur ac cognoſcantur, probat. *l.6 ff. de tranſ. & l.19 C. eod.* Sed nũ idem in pacto obtineat quæritur? Affirmativam poſt Accurſium defendunt Bartolus, Baldus, & Angelus *in l. 6. ff. de tranſ.*

Funda-

Fundamenta huius opinionis hæc ſunt.

I. In *lib.1. de recept. ſent. lib.1.* ait Paulus: De his rebus paciſci poſſumus, de quibus tranſigere licet: Unde ſequitur, argumento à contrario conſenſu ducto, quod de quibus rebus non licet tranſigere, de iis nec paciſci liceat: Et conſequenter cum de controverſiis teſtamentariis prohibita ſit tranſactio, de iiſdem quoque donatio gratuita ſit interdicta.

II. Accedit, quod eadem ratio, quæ de hiſce controverſiis tranſactionem prohibet, in pactione quoq; donandi cauſa obtineat: Nam idcircò de illis prohibetur tranſigere, quia cum de ultima defuncti voluntate nil certi conſtare poſſit, niſi ex teſtamento, perfacilè fieri poſſit, ut non inſpectis cognitisque teſtamenti verbis, evertatur atque effectum habere impediatur ultima voluntas, contra quam poſtulat publica, atq; privata utilitas. Hanc autem rationem, æquè in pactione gratuita obtinere, palàm eſt.

Cõtraria verò ſententia: Quod nempe de controverſiis, quæ ex teſtamento proficiſcuntur, gratis atque donandi animo paciſci liceat tuentur Jaſon. Caſtrenſis, Donel-

Donellus in *d. l. 6. ff. de tranſact.* Borcholt. *in tractat. de tranſactione, c. 5. num. 20.* Illorum rationes hæ ſunt.

I. Unusquisq; de re ſua paciſci ſuique juris perſecutionem deteriorē facere poteſt, *l. jurisgent. 7. § ſi paciſc & l. pact. ff. de pact.* Niſi expreſsè pactioni illi fuerit interdictum: At nuſquam in toto jure prohibita legitur de controverſiis teſtamentariis pactio: Igitur permiſſa cenſetur.

II. Ubi ratio diverſa eſt, ibi jus quoque diverſum conſtitui debet: Jam verò diverſa ratio eſt pactionis & tranſactionis: Expediti ſiquidem juris eſt, quod quiſq; id, quod ſibi in teſtamento legatum aut per fidei commiſſum relictum eſt, repudiare poſſit & acceptum alii etiam donare. Nec quicquam eo contra defuncti voluntatem peccatur; ut, quæ hæc ſit, quo legatarius aut fidei commiſſarius illud nolens volens habeat, atque invitus etiam acceptare cogatur. Nemo enim poteſt voluntatē defuncti ex parte amplecti & ex parte, repudiare: Hoc ſiquidem eſſe contra defuncti voluntatem, quæ ſine dubio hæc fuit, ut legatarius vel fidei commiſſarius ſibi relictum aut totum haberet, ſi vellet, aut repudiaret: Id, quod vel hinc relucet, quod etſi heres extraneus poſſit to-

tam hereditatem repudiare, non tamen poſſit partem hereditatis repudiare, partem adire, *l. jus noſtrum, ff. de R.I.* Sed quiſque aut totam hereditatem adeat, aut totam repudiet: Atqui in tranſactione hoc accideret, ut pars relicti remitteretur pars retineretur, *arg. l. 38 C. de tranſ.* Quare meritò de controverſiis, quæ ex teſtamento naſcuntur prohibita eſt tranſactio; Pactio verò donationis cauſa non item.

Equidem Donellus *in d. l. 22 num.* 10. C. *de tranſact.* exiſtimat pactione donandi cauſa poſſe quenquam non modo totum relictum, ſed & partem ejus qualemcunque remittere, hoc argumento motus, quod quicquid licet in toto idem quoque liceat in parte.

Veruntamen ſententia hæc valdè mihi ſuſpecta eſt & argumento modò adducto ſatis refellitur. Nec obſtat, quod Donellus ait, quod quicquid in toto licet, idem quoque in parte concedatur. Hoc enim tunc demum procedit, cum eadem eſt ratio & natura partis, quæ totius: Non verò ubi eſt diverſa utriusque ratio & natura.

Ad argumenta contraria Reſponſio.

Ad primum reſp. Argumentum à contrario ſenſu ratione juris contraria infringi atque refelli, idque hoc loco fieri per eam, quam ſupra adduximus, ſatis prægnantem atque validam. Deinde etiamſi de ea re paciſci, de qua tranſigere liceret: Tamẽ non è contrario, de qua re nõ licet tranſigere, de eadem & pactio interdicta eſſet. Nam de re judicata non licet tranſigere: At paciſci licet: De alimentis futuris in teſtamento relictis non licet tranſigere, ſine prætoris cognitione; Et tamen de iiſdem paciſci permitti mox demonſtrabitur. Denique receptæ Pauli ſententiæ, ſicut & cætera veterum JCtorum ſcripta, quæ mandatu Juſtiniani in corpus Juris non ſunt relata, juris authoritatem non obtinent, nec ubi legibus eſt opus, allegari poſſunt, *l.2.§ 19. C. de veter. jur. enucl.*

Ad ſecundum reſponſum eſt ſupra cum oſtendimus diverſum eſſe, quoad præſentem quæſtionem, pactionis & tranſactionis rationem, eamque, quæ de controverſiis teſtamentariis illicitam facit tranſactionem, in pacto gratuito manifeſtè deficere.

QUÆ-

QUÆSTIO XIII.

An de futuris alimentis in teſtamento relictis, ſine prætoris cognitione liceat paciſci?

DIfficilis eſt & admodum intricata quæſtio, anne, ſicut de futuris alimentis, in teſtamento relictis tranſactio prohibita, ita quoque de iiſdem pactio gratuita ſit interdicta. Et ſanè Jacobus Cujacius, Hotomannus, & Ægnin. Baro in *d.l. 8.* Col. *in in tractat. de aliment. lib. 2. c. 8. num & ſeqq.* pactionem, æquè, atque tranſactionem, de futuris alimentis in teſtamento relictis, illicitam eſſe contendunt: Horum argumenta hæc ſunt.

I. De quibus rebus non licet tranſigere, de iiſdem nec paciſci permittitur: *tit. 5. lib. 1. ſentent. Pauli.* Atqui de futuris alimentis, in teſtamento relictis, non licet tranſigere ſine prætoris cognitione; Quare nec paciſci de illis licebit.

II. Ubi ratio eſt eadem, ibi quoque eadem eſt juris diſpoſitio: Jam verò, quoad propoſitum, in pacto eadem eſt ratio, ob quam de alimentis tranſigere prohibetur, cum pactione gratuitâ non minus, quàm tranſactione, immò multò magis alimenta contra defuncti voluntatem intercipiantur ultimæq; defunctorum volunta-

voluntates, quas exitũ ſortiri publicè at-
que privatim intereſt, evertantur; ſiqui-
dem ex tranſactione alimentarius pro a-
limentis aliquid accipit, *l. 38. C. de tranſact.*
Ex pactione verò gratuita nihil: Quocir-
ca de alimentis, in teſtamento relictis,
pactio multò magis, quàm tranſactio,
interdicta erit.

III. Si donatio alimentorum, ne qui-
dem coram prætore, eoque aſſentiente ac
permittente facta, valet, multo minus va-
lebit ea, quæ fit per pactum, ſine præto-
re: Jam verò certi & explorati eſt juris,
quod donatio alimentorum non valeat,
quantumvis eam prætor admittat. *d. l. 8. §.
ſi prætor. 17.* Multò minus itaque valebit
pactio gratuita ſine prætore.

IV. Pactum fieri debet de re certa, *l. 1. ff.
de tranſact.* ubi Ulpian. *Qui paciſcitur*, in-
quit, *donationis cauſa rem certam atq; indu-
bitatam liberalitate remittit.* At quod ali-
mentorum cauſâ debetur, id propter in-
certum vitæ alimentarii ſpacium incertũ
eſt, quia finem alimentorum legato ali-
mentarii mors adfert, *d. l. 8. §. modus.* Igitur
de alimentis futuris paciſci non licet, ſed
ſolùm de præteritis, *l. 7. C. de tranſact.*

V. Si ea mens fuit & intentio Divi Mar-
ci, ut nec pignus pro alimentis obliga-
tum

tum ſine cognitione prætoris liberari poſſit, multo minus permittere voluit, ut principale alimentorum debitum pacto gratuito remitteretur: ſed antecedens eſt verũ, *d.l. 8.* §. *15.* quare ſequitur & poſterius.

VI. Si facilius admittitur tranſactio, quàm pactio gratuita, ſequitur, quod, tranſactione prohibita, multò magis cẽſeatur prohibita pactio: Atqui tranſactio facilius permittitur, quã pactio, uti clarè ex *l. 12. C. de tranſ.* relucet, in qua adminiſtratoribus civitatũ tranſactio permittitur, pactio verò interdicitur. E. prohibita tranſactione, de alimentis futuris, multò magis pactio de iiſdem prohibita cẽſetur.

VII. Deniq; cum diſtractio fundi in alimenta relicti, ſine prætoris cognitione, ſit licita *l. 8* §. *15. ff. de tranſ.* Nec pactio gratuita de alimentis valebit; cum illâ non in totum alimenta intervertantur alimentario; nec voluntas defuncti omnino circũveniatur: Hac verò pactione, donandi cauſa interpoſita, alimenta in totum intervertantur ultimaq; defuncti voluntas impediatur.

Cæterùm, his non obſtantibus, verior eſt ac tutior contraria opinio, quod nempe de futuris alimentis, in teſtamento relictis, gratuita pactio valeat. Eamque ex

Neotericis defendunt, Donellus *in l. 8. C. de tranſact.* Franc. Connan. *lib 5. comm. 7. n. 7.* Scipio Gentil. *in tractat. de aliment. c. 4.*

1. Regulariter ea, quæ non prohibentur permiſſa cenſentur, *l. Mutus, 43. §. 1 ff. de procurat. l. 1. ff. de teſtibus.* Atqui pactio de alimentis futuris in teſtamento relictis gratuita nuſpiam in jure prohibetur. Igitur permiſſa intelligitur.

Reſpondet quidem Hotomannus, etſi oratio Divi Martii de tranſactione ſolùm, & non etiam expreſsè de pactione ſit cõcepta; ob identitatem tamen, vel majoritatem rationis, ex mente etiam D. Marci extenſionem illius orationis, etiam ad pactum gratuitum, eſſe faciendam, eò, quod conſilium Divi Marci fuerit proſpicere & cavere, ne alimenta per tranſactionem intercipiantur, ideò voluerit multò magis providere, ne per pactum donationis cauſa factum, totum alimenti legatum remitteretur & omninò intercideret: Maximè quia, ſi, quod minus lædit, prohibetur, multò magis id, quod graviùs lædit, prohibitum intelligatur.

Veruntamen parum hoc ad rem facit, nec argumentum noſtrum infringit: Negamus quippe ac pernegamus in pacto rationem illam, ob quam de alimentis tranſ-

tranſactio eſt prohibita, militare: Vera enim ratio, qua oratio Divi Martii nititur, hæc fuit, quod alimentario, modico aliquo præſente contenti, Facilè ad tranſigendum adducerentur, *d.l.8.princ.* atque ita per tranſactionem alimenta Facilè interciperentur, ultimæque defunctorum voluntates circumvenirentur; Quæ ratio in pactione, donationis cauſa facta, non perinde locum ſibi vindicat: Siquidem hominum ea eſt natura, ut non facilè donent ſuasque res jactent, *l. cum de indebito, ff. de probat.* Hinc Senatusconſulto Vellejano mulier intercedere ſeu fidejubere prohibetur: At donare non prohibetur, quia facilius ſe mulier obligat, quàm donat, *l 4. ff ad SCtum Vellejan.* Sic etiam L. Julia fundum dotalem, conſenſu mulieris alienare permittebat: At pignori obligare non permittebat, *pr. I quib. alien. licet vel non.* Quia nempe facilius conſentit uxor in oppignorationem, quàm in alienationem fundi dotalis. Conſimiliter itaque & hoc loco Senatus de alimentis tranſigere prohibuit, paciſci verò non prohibuit, quia facilius alimentarius, aliquo præſente accepto, de alimento tranſacturus, quàm pacto gratuito eadẽ remiſſurus & donaturus videbatur.

Digitized by Google

Nec eſt, quod quis hic inſtet: Fieri tamen nihilominus contra voluntatem teſtatoris, ſi de alimentis pactio fiat gratuita, quia hoc modo multò magis intercipiantur alimenta, quàm cum modicum aliquod viciſſim pro alimentis accipitur, prout fit in tranſactione; Reſp. Nam, ut benè poſt Donellum reſpondit Scipio Gentilis; Licet unicuique beneficium alienum repudiare in totum, etiam invito eo, qui dedit; cum invito beneficium non detur: At beneficium ſibi oblatum repudiare ſaltem ex parte, id quod per tranſactionem fieret, minimè licet; Cum ſit incivile beneficio alieno contra voluntatem ejus, à quo proficiſcitur, uti, partemque ejus acceptare & partem repudiare. Quocirca totum alimenti legatum repudiare pacto fas eſt: At partem duntaxat ejus tranſigendo repudiare & partem retinere integrum non eſt.

II. Hinc igitur pro ſuperiori ſententia ſic rectè infertur: Ubi diverſa eſt ratio, ibi quoque diverſum jus conſtitui debet. Atqui diverſa eſt ratio, quoad alimenta futura, tranſactionis & pactionis, ut ex hactenus dictis liquido conſtat, igitur non immeritò diverſum jus in pactione & tranſactione ſuper alimentis conſtituitur: Vel hoc modo: ubi deficit ratio, pro-

hibitionis ibi quoque deficit ipſa prohibitio. Atqui in pacto gratuito deficit ratio, qua ſuper alimentis tranſactio prohibetur: Ergo etiam ipſa prohibitio in gratuito pacto deficit.

III. Accedit, quod cuivis ſit liberum res ſuas diſſipare, donare, egere deniq; *l. in re mandata, C. mandati.* Igitur cuivis quoque permiſſum erit alimenta, ſibi teſtamento relicta, pacto gratis & donationis ergo remittere heredi.

Et quanquam hactenus ſolùm liceat Domino de rebus ſuis, pro ſuo arbitrio, diſponere quatenus lex permittit, *arg. §. fin. l. de his qui ſui vel alien. jur. & tot. tit. I. quib. alien. licet vel non.* Nulla tamen lex eſt, quæ de futuris alimentis, in teſtamento relictis, gratuito paciſci prohibeat.

IV. Proſtremò ſi de alimentis futuris, in teſtamento relictis, pactio gratuita non valeret ſequeretur legatarium, cui ſunt alimenta relicta, non poſſe legatum alimentorum repudiare, ſed cogi etiam invitum illud agnoſcere & acceptare: At hoc abſurdũ, cùm nemo legatariorũ cogatur invitus legatum agnoſcere, ſed in libera cujuſq; ſit poteſtate, acceptare illud, vel repudiare: Igitur abſurdũ erit & illud.

Ad contraria argumenta Reſponſio.

Ad primum ℞. Textum ex *tit. 5. lib. 1. ſententent.* Pauli malè à Cujacio citari: Cùm illîc Paulus *de his dicat rebus paciſci poſſumus, de quibus tranſigere*: At non contra de quibus rebus tranſigere non de iis nec pactio valebat. Etenim de rebus incertis atque dubiis ſolùm, non etiam de certis atque indubitatis tranſigere licet. Ad paciſci non ſolùm de incertis atque litigoſis permittitur, vèrum etiam de rebus certis atq; indubitatis, *l. 1. ff. de tranſact.* Quin & ipſe Paulus *eodem in tit. 1. circa finem* ſatis apertè docet de quibuſdam rebus paciſci licere, de quibus tranſactio prohibetur: *De re judicata*, inquit, *utpote, quæ habetur pro veritate, non licet tranſigere, ſed paciſci tantùm.*

Ad ſecundum reſp. Aſſumptionem negando: Cùm per pactum gratuitum non tam facilè alimentum alimentario intervertatur ac intercipiatur, atque per tranſactionem, ut paulò ſupra fuit luculenter oſtenſum, cum non tam faciles ſint ad donandum homines, quàm ad tranſigendum: Et facilius adduci poſſunt, ut modico aliquo præſente contenti, incertum, futurum, licèt magnum remittant, quã ut id, quod offertur, multo viciſſim accepto, gratis remittant: Jam verò tranſactio de futuris alimentis non idcircò prohibita

bita eſt, ne omninò alimenta intercipe-rentur; alioquin nec de præſentibus alimentis tranſactio foret licita, ſed ne *Facilè* interciperetur. Atqui huic *facilitati* trãſigendi occurrere voluiſſe D. Marcum, teſtis eſt locupletiſſimus Ulpianus *in d. l. 8. princ. ff. de tranſact.* ubi in hæc verba ſcribit: Cum hi, quibus alimenta relicta erant, *Facilè* tranſigerent, modico aliquo contenti, D. Marcus oratione in Senatu recitata efficit, ne aliter alimentorum tranſactio rata eſſet, quàm auctore prætore facta.

Ad tertium reſp. Regulam iſtam juris, cui *non licet, quod minus eſt, eidem quoq; non licebit, quod majus eſt*; Itemque argumentum à majori ad minus & vice verſa ibi demum procedere, ubi eadem eſt ratio majoris & minoris, non verò ubi eſt ratio diverſa, ut hîc; ita enim argumentum à prohibita oppignoratione fundi dotalis, ad prohibitam alienationem ex L. Julia olim non procedebat, quia diverſa erat ratio oppignorationis & alienationis. Sic etiam a prohibita mulieris interceſſione, ad prohibitam donationem argumentũ ex SCto Vellejano non procedit, quia diverſa eſt ratio interceſſionis & donationis, *l. 4. ff. ad SC. Vellejanum.* Accedit huic, quod

Digitized by Google

quod in textu *d. l. 8. §. 17.* reſpectus fiat ad prætorem, non ad alimentarium: Et dotione interdicatur prætori, non verò alimentario.

Ad quartum ℞. Argumentum iſtud falſa inniti hypotheſi, quod nempe pactio gratuita non poſſit de re incerta & litigoſa fieri: Contrarium quippe luculenter oſtendunt, *l. 6. §. 3. ff. de his qui not. infam. l. Tranſigere, 18. C. de tranſact. ubi* de crimine & accuſatione criminis pactio admittitur.

Ad quintum ℞. Negatur, procedere conſequentiam à prohibita oppignoratione fundi alimentarii ad prohibitam pactionem gratuitam. Quoniam & hic diverſiſſima eſt ratio utriusque, cùm longè facilius induci poſſit alimentarius ad conſentiendum in oppignorationem fundi in alimenta relicti, quàm ad alimēta gratuitò per pactionem remittenda.

Ad ſextum ℞. interdum facilius permitti, aliquo viciſſim dato vel retento tranſigere, quam gratis & donandi cauſa paciſci, ut *in d. l. 12.* Verùm non ſemper, nec perpetuò: Non certè hîc, ob rationem ſupra adductam & aliquoties repetitam. Hæc ſiquidem facit, ut plus ſit tranſigere, quam paciſci gratis.

Ad

Ad ſeptimum Reſp. Eodem planè modo, quo ad *tertium* reſpondetur etiam *ad ultimum* deductum à prohibita diſtractione fundi in alimenta relicti, ad pactionem de alimentis gratuitam: Facilius quippe diſtrahet alimentarius fundum in alimenta relictum, modico præſente contentus, quàm alimenta pactione liberali remittet.

QUÆSTIO XIV.

An de adulterio ante inſtitutam recuſationem factamque criminis pronunciationem vel rei poſtulationem liceat gratis & donationis cauſa paciſci?

QUin de crimine adulterii, facta denunciatione reiq; poſtulatione, non liceat paciſci extra omnem controverſiam poſitum eſſe videatur. Nam cum Dioclet. & Maximin. Imperatores *in l. 18. C. hoc tit.* talem propoſuiſſent Regulam: *Tranſigere vel paciſci de crimine capitali prohibitum non eſſe* ab eaq; Regula adulterium expreſſè excepiſſent, conſequens omninò videtur, de adulterio nec tranſigere, nec paciſci licere, quia, ut ajunt Philoſophi, exceptio debet eſſe de Regula: Et hoc quidem dubium planè nullum habere exiſtimo:

Sed

Sed num ante criminis denunciationem reiq́ue poſtulationem, gratuita pactione adulterii crimen condonare & accuſationem remittere liceat? Scrupulo non omninò nullo carere videtur. Non enim deſunt magni nominis JCti, qui affirmativam tuentur: In quorum numero ſunt Bartol: *conſil.170.* Alciatus *in l. 18. num. 30. & ſeqq. C. hoc tit.* Matthæus Glock. *in tractat. de tranſact. pag. 2 num. 2.* Illorum argumenta hæc ſunt.

1. Quod cum quisque injuriam ſibi factam condonare, atq; remittere poſſit, *l. mariti, §. plectitur, ff. ad L. Iul. de adult.* nec ſimultates animiq́ue rancorem deponere prohiberi debeat; Maximè cum pium & Chriſtianum ſit ignoſcere inimico & injuriam atque offenſionem eidem condonare atque idcircò integrum cuivis eſſe debeat, matrimonium ſuum contemnere & per negligentiam, vel patientiam vel minimam credulitatem pati uxorem ſuam delinquere, nec contaminationi thori ſui indignari.

2. Hinc Ulpianus *in l. 2. §. 3. ff. ad L. Iul. de adult.* qui patitur, inquit, uxorem ſuam delinquere, matrimoniumq́ue ſuum contemnit, quique contaminationi non indignatur, pœna adulterûm non infligitur.

3. Et

3. Et *in l. mariti, 29. §. 4. eod,* Quod ſi patiatur uxorem delinquere non ob quæſtum, ſed negligentiam, vel culpam, vel quandam patientiam, vel nimiam credulitatem, extra legem poſitus videtur.

4. Hinc etiam adulter, qui precibus impetravit, ne ſecum ageretur, & is, qui gratis remiſit, extra pœnam omninò poſiti ſunt, *l. 6. ff. de his qui not. infam. l. 15. §. ſi negaverint, ff. ad L. Iul. de adult. l. qui cœtu, 5. §. 2. ff. ad L. Iul. de vi publica.*

5. Inſuper, cum nemo invitus accuſare cogatur, *tot. tit. C. ut nemo invitus.* Nec cogetur Maritus Uxorem adulteram accuſare invitus, & conſequenter nulla ratio ipſum prohibebit pactione gratuitâ crimen uxori condonare, eidemq́ue ignoſcere.

6. Adde, quod in *Novella 117.* epilogo expreſsè dicatur adulter puniri, niſi judicati decreto, vel amicabili conventione deciſa ſint omnia.

7. Idem quoque Juſtinianus reſcribit in *Novella 134. c. 10.* licere viro uxorem adulteram impunè recipere.

Verùm in hac controverſia diſtinguendum hoc modo putarim, ut Maritus quidem ante denunciationem factam cum uxore adultera, ſuper crimine adulterii paciſci

paciſci non poſſit, reliquis verò omnibus marito excepto, quibus jus accuſandi adulteram competit, impune liceat cum adultera paciſci.

Et quidem, quod ad parentes & cognatos adulteræ, res omninò expedita videtur. Non enim ullus eſt textus, nec ratio etiam ulla, quæ his actione interdicat. De marito igitur ſolo quæſtio & controverſia eſt, de eoque etiam Authores & fundamenta, modò recenſita loqui videntur. Quare & ego de illo tantùm agam, & num ipſi ſuper adulterii crimine cum conjuge pactio ſit licita? inquiram. Qua in quæſtione negativam, ſuperioribus argumentis non obſtantibus, veriorem & tutiorem judico.

I. Moveor autem imprimis *l 2. ad l. Jul. de adult.* in qua Sever & Anton. Impp. Cyro reſcribunt: *Crimen lenocinii contrahere, qui deprehenſam in adulterio uxorem matrimonio retinuerunt.* Uſq; adeò itaque pacto remitti crimen adulterii nequit, ut pœnam etiam incurrat, qui adulteræ ignoſcit, eâq; in matrimonio & thoro retinet.

II. Accedit Præterea, quod in *l. 10. eod. tit.* Alexander reſcripſit: *De crimine adulterii paciſci non licere & par delictum eſſe accuſatoris prævaricatoris & defugientis veritatis inquiſitionē.* Quæ verba de gratuita pactione

accipienda ex ſequentibus relucet. Subjicit enim in continenti Alexander: Qui precium pro comperto ſtupro acceperit cum pœnâ L. Juliæ de adulteriis teneri.

Ad argumenta verò contraria ſic Reſpondendum puto.

Ad primum ℞. Pium quidem & Chriſtianum eſſe ſimultates & animi rancorem deponere, cum inimicis in concordiam redire, illiſque delicta ignoſcere; ſed ita tamen, ne ejuſmodi pacificatione Reſpublica lędatur, eidemque injuria aliqua inferatur. Deinde rancorem & dolorem animi intrinſecum, qui non ad forum civile, ſed ad conſcientiam ſpectat abolere legem Chriſtianam & humanitatis clementiæque præcepta jubere: Extrinſecum verò dolorem, qui ad judiciariam perſecutionem pertinet, deponere nullam legem præcipere.

Ad ſecundum & tertium ℞. Ulpianum in allegata, *l. 2. § 3. & l 29. § 4.* pactionem ſuper adulterio nequaquam probare, nec etiam permittere delictum adulteræ gratuita pactione remittere. Sed hoc ſolùm dicere, quod is, qui patiatur uxorem ſuam delinquere, nec contaminationi tori ſui indignetur, in pœnam adulte-

adulteris deſtinatam, non incurrat nec incidat *in l. Iuliam de adulteriis*: id quod etiam Alexander Imperator *in d. l. 10. C. ad L. Iul. de adult.* procul dubio ſenſit ac voluit, ubi illum demum adulterii pœna affici jubet, qui pro comperto adulterio precium acceperit. Hinc verò non rectè infertur, maritum cum adultera uxore licitè paciſci poſſe, quia paciſcens non teneatur pœna adulterii: Hanc enim illationem ipſemet Alexāder in citata *l.* 10. haud obſcurè refellit, dum paciſcentē de adulterio à pœna adulterii abſolvit, pactionē tamen ipſam improbat & prohibet. Quapropter, cùm adultera uxore maritus paciſcens in adulterii quidem pœnam non incidit, ut in objectis LL. dicitur, ſed tamen licitè propterea non paciſcitur, nec etiam impunè. Nam pœna Lenocinii eum incurrere teſtatur, *l. 2. C. ad L. Iul. de adult.*

Ad quartum reſp. Illud petere manifeſtè principium: Hoc enim jam controverſum & in quæſtione poſitum eſt, an liceat crimen adulterii pactione remittere? Et quod non liceat paulò ante textibus manifeſtis demonſtravimus. Nec ad quicquam rem faciunt allegatæ leges. Quod enim *in l. 6. §. pactus, ff. de his qui not.*

infam.

infam. dicitur pactionem gratuitam ſuper criminibus licitam & impunitam eſſe, quia inhumanum foret nullum veniæ locum relinqui; id de privatis ſolùm criminibus, de quibus illîc Ulpiano erat ſermo, accipiendum, ad Adulterium verò nequaquam trahendum eſt: De hoc enim pactionem eſſe illicitam ſatis dilucidè probant, *l.2.l.10.C.ad L.Iul.de adult.* Quod verò ad *l.15.ſi negaverint, ff.ad L.Iul de adul.* illa etiam planè impertinenter huc allegatur: Ibi enim non negarunt Pater vel maritus, ſe nullo nunquam tempore accuſaturos; ſed ſolùm negarunt ſe accuſaturos intra ſexaginta dies. Unde apparet eos nõ modò, non pactos eſſe, ſed nec pactione remiſiſſe injuriam, imò abundè ſignificaſſe poſt lapſos ſexaginta dies injuriam ſuam ſe perſequi velle: ſolùm autem ſe renunciaſſe privilegio ſibi competenti, quo intra ſexaginta dies ſolis illis agẽdi poteſtas datur, *l.14.§.2.ff.ad L.Iul.de adult.* Quare & renunciatio iſthæc non hoc operatur, ut maritus & pater penitus ab accuſatione excludantur, ſed ut renunciatione factâ extraneo, amplius nõ præferantur; Verùm æquali cum eo jure cenſeantur. Denique *l.qui cœtus, §.2.ff.ad L Iul. de vi public.* parum ad rem facit: Non enim de

de marito, ſed de patre: Nec de adultero, ſed de raptore loquitur.

Ad quintum ℟. Hæc diverſa eſſe; Non cogi accuſare, & accuſationem pacto remittere, conſequentia itaque argumenti negatur.

Ad ſextum communiter reſponderi ſolet *in d. l. Novella 117.* agi de adulterio non probato, ſed præſumptivo per conjecturas privilegiatas h.e. per eas, quæ communiter aliàs ad crimen probandum non eſſent ſufficientes: de hoc tranſigi poſſe: At de adulterio vero, hoc eſt, de adulterio, non per conjecturas præſumptivas; ſed idoneas & ſufficientes probato, de quo nunc agitur, pactionem prohibitam eſſe. Del-Rio *ad d l. 18. n. 70.* & Alciat *n. 34.*

Ad poſtremum ℟. in *Novella 134. c. 10.* nullam pactionis de adulterio faciendæ mentionem fieri, ſed de ſimplici duntaxat rancoris remiſſione & reconciliatione ibidem agi; idque tunc quando legi jam ſatisfactum fuerit mulieris ſupplicio & poſt latam ſententiam Del-Rio *n. 69.*

QUÆSTIO XV.

An pactum principis, quo atrocis criminis reo impunitatem, ſi crimen confeſſus fuerit, promiſit, valeat & obſervari debeat?

Si

SI princeps pacto veniam & impunitatem magni & atrocis alicujus facinoris reo promiſerit, ſi crimen confeſſus fuerit; ut ſi dixerit confitearis & noli timere, quia nullam pœnam tibi imponam, ſed ſtatim liber eris; quæritur an talis pactio valeat & ſervari debeat? Quæ quæſtio valdè intricata eſt & in utramque ſententiam ab Interpp. juris agitata: Sunt equidem præſtantiſſimi JCti, qui tale pactum omninò ſervandum ac reum impunitum dimittendum ſtatuant: Sunt qui contrarium aſſerant & ex confeſſione rei ad condemnationem perveniri exiſtiment: Ego diſtinguendum cenſeo inter judicem inferiorem & ſuperiorem, ut ille quidem impunitatem promittere & promiſſam præſtare nequeat, & ideò non obſtante tali promiſſione reus condemnari & ſupplicio affici poſſit: Is verò, qui ſuperiorem judicem non recognoſcit, ſed penes quem rerum ſumma eſt, poſſit reo impunitatem promittere & promiſſam ſervare.

Quod igitur ad prius diſtinctionis membrum, confirmatur illud primò hac ratione, quod promiſſio de re impoſſibili nullius ſit momenti, nec

nec quis ad id ullo pacto ſe obligare queat, quod præſtare in ipſius arbitrio & poteſtate non eſt, *l. Impoſſibilium, ff. de R. Iur.* Atqui in arbitrio judicis non eſt, pœnam nocentibus remittere: Sic enim cum Papiniano JCto Marcianus reſpondit: *Facti quidem quæſtionem in arbitrio eſſe judicantis: Pœnæ verò perſecutionem non ejus voluntati mādari, ſed legis auctoritati reſervari, l. 1. §. 4. ff. ad SC. Turp.* Quocirca judex non poteſt pœnam remittere noxio, nec veniam ei concedere; Et, ſi conceſſerit aut promiſerit; promiſſio nullius erit momenti, nec à pœna reum liberabit.

2. Hinc cum jure permiſſum ſit venire contra ea, quæ nulliter ſunt geſta, *l. quemadmodum, C. de Agric. & cenſit. capit. ſi quis extr. de Reb. Eccleſ. non alien. C. cum quis, & ſeqq. cauſ. 35. q. 9.* licebit etiam judici adverſus hanc promiſſionem venire & reum nihilominus condemnare. Quandoquidem promiſſio hæc nullius momenti eſt, cùm, ut dictum, ſit de re judici impoſſibili, & quia contra apertam legis prohibitionem.

3. Accedit huic, quod publicè interſit delicta puniri, *l. congruit, ff. de offic. præſid. l. Locatio, §. quod illicite, ff. de publican. & vectigal.* Pacta autem, quæ contra publicam

ſunt

ſunt utilitatem non valent, nec ullius ſunt momenti, *l. 7. §. ſi paciſcar. ff. de pact.*

Et hanc ſententiam defendit P. Peck. *in cap. Non eſt, n. 6. de R. iur. in ſext.* Covarr. *Variar. reſolut. lib. 1. c. 2. n. 16.* Clarus 5. *Recept. ſent § fin. q. 55 n. 8.* Mollerus 2. *ſem. 1. n. 2.*

Contraria tamen opinio placet Matthæo Cunoni *in tractat. de pact. c. 23. n. 35. & ſequent.* Alciat. *in l. 177. de V. ſignif.* Duaren. *ad l. 5. ff. de pact.* Menoch. *lib. 2. arbitr. judic. quæſt. caſu, 367.* Gomez *Var. Reſol 3. c. 12. n. 6. & 7.* Binsfeldt. *de confeſſ. malefic. concl. 7. dub. 3.* Fachin. *lib. 9. contr. 61.* Quæ ſententia ſequentibus nititur fundamentis.

1. Fides & promiſſio ſemper & quolibet in actu atque negocio eſt ſervanda & ſanctè cuſtodienda, *l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de conſtit. pecunia,* ac proinde judex, qui reo fidem dedit & impunitatem promiſit, ſi delictum fuerit confeſſus, fidem datam frangit & pactum violat, quando reum pòſt confeſſum condemnat; Igitur judex, cùm impunitatem reo promiſit, non poteſt contra fidem datam reum condemnare ac ſupplicio afficere.

2. Ex confeſſione judiciali ſic demum reus condemnatur, ſi confeſſio ſit libera, nec dolo aut fraude judiciis extorta: Atqui confeſſio hæc, quæ ad veniæ promiſ-

 ſio-

ſionem facta eſt, à reo dolo eſt extorta. Ergo non eſt libera.

3. Huc etiam facit, quod confeſſio facta perſuaſione adverſarii revocari poſſit, tanquam erronea, neque confitenti præjudicet, ut eſt Gloſſa *in l. 2. ff. quand act. de pecul.* Bartol. *in l. Error. n. 7. & ibid.* Jaſon. *n. 18. in fin. & ſeqq. ff. de confeſſ.* Unde etiam eo caſu, quo quis perſuaſionibus adverſarii inducitur ad renunciandum, non valet renunciatio, neque renuncianti præjudicat *cap ſane & ibi notat.* à Panorm. *extr. de renunc.* Nec juramentum perſuaſione & dolo adverſarii extortum nocet juranti Imola *Conſil. 109. n. 2.* Hippol. de Marſil. *in l. 1. §. quæſtioni, n. 1 ff de quæſtion.* Sed cum quis perſuaſionibus adverſarii inducitur ad aliquid credendum, talis error dicitur juſtus & Juſtiſſimus Bartol. *in l. Celſus. n. 4. ff. de uſucap.* Jaſon. *in l. Error. n. 19. C. de jur. & fact. ignor. l. hominem, ff. pro ſuo.* Quapropter etiam is, qui perſuaſione adverſarii ad ſolvendum inductus, ita poteſt repetere per condictionem indebiti, atq; ſi ignoranter ſolviſſet Bald. *in l. 1. pr. C. Ne fil. pro patre* Alexand. *in l. 1. ff. de condict. indeb.*

Eodemq; pertinet, quod poſitionibus reſpondens, ſi perſuaſione adverſarii aliquid fuerit confeſſus, eam confeſſionem quan-

quandocunq; revocare queat. Bart. Bald. & Jaſon. *in d. l. Error. C. de jur. & fact ignor.*

5. Adde, quod confeſſio rei, facta ad ſpecialem confeſſionem judicis, non valeat tanquam per ſuggeſtionem extorta *l.* 1. §. *qui quæſtionem*, ubi Bartol. & Hypol. de Marſil. *ff. de quæſt.*

6. Et ſanè ſi illi, quibus fides publica datur, deciperentur, nec fides data ſervaretur, alii poſtea, tali exemplo deterriti, ad ſimilia facinora indicanda fierent tardiores, *l. quod ſi minor*, §. *Non ſemper, ff. de minor.* Quam etiam ob cauſam Senatus Populi Romani Catilinariæ conjurationis indicibus, Cicerone Conſule, impunitatem promiſſam, conceſſit.

7. Accedit, quod admodum credibile ſit, eum cui capitis creatur periculum, ex vinculis cauſam dicentem, non tam facinoris conſcientiâ, quàm promiſſionis iſtius fiducia delictum confiteri; Eò quod ſperet, ſe quamprimum litium carcerisvé moleſtiam evitaturum, fidemque ſibi datam à judice ſervatum iri: Et hoc eò magis, quod qui in tanto diſcrimine verſatur, ſæpius cogitare ſoleat, quid judices poſſint, in quorum manu vita ipſius poſita eſt, quàm quid debeant facere, ut ait Cicero *in orat. pro Quint.*

Cæterùm his argumentis minimè motus, priori opinioni inhærendum puto, propter fundamenta ſatis perſpicua pro confirmatione ejus ſupra prolata.

Solutio contrariorum.

Nam, quæ pro hac poſteriori ſententia ſtabilienda adducta fuerunt, ea non adeò ſunt magni momenti. *Ad primum* enim reſpondeo fides data ſervanda eſt; ſi legitimè data ſit & ab eo, penes quem id fuit, deque re licita legibusque minimè prohibita fuerit interpoſita: ſic & pactum ſervandum eſt, niſi repugnet Legibus, conſtitutionibus Imperatorum & bonis adverſetur moribus: Atqui pactum, quo de agimus, eſt contra leges & Imperatorũ conſtitutiones, quibus cavetur, ne judex pœnas remittat, *d.l. 1. §.4. ff. ad Turpill.* ſed ſecundùm legis præſcriptum judicet, *pr. I. de offic. judic.* Neve, quid ſtatuat in præjudicium & detrimentum Reipubl. Quare hoc licitè non ſervatur, *arg. l. 7. §. ait prætor. l. 28. & l 38. ff. de pact.*

Ad ſecundum, tertium, quartum, & quintum Reſp. Committi fallaciam ſecundùm plures interrogationes: Aliud enim eſt pactum, quo impunitas & venia delicti promiſſa eſt, non ſervari; ſed adverſus reum nihi-

nihilominus, ut leges præſcribunt, procedi; & aliud ex confeſſione propria reum damnari: prius nos aſſerimus: At non poſterius; quia confeſſio iſta minus videtur eſſe libera ac proinde ex illa ſola ad ſupplicium; præſertim ultimum; reus damnari non poteſt; Quin autem ulterius in factum inquiri &, ſi criminis legitimè fuerit convictus, damnari ac ſupplicio afſici queat, indubitatum videtur.

Ad ſextum reſpondeo primò utilitatem, quæ in Rempublicam foret reſultatura, hîc in conſiderationem non venire; cum majus incommodum & detrimentum ex hac re acceptura eſſet Reſpublica ſi pactum ſervaretur: Deinde procederet hoc argumentum & firmiter concluderet, ſi veniâ principe & eo proponeretur promiſſa, qui hujus promittendæ poteſtatem haberet.

Ad ſeptimum reſpondetur; ut ad ſecundum & ſeqq: Non enim probat pactum ſervandum & reum impunitum dimittendum eſſe; ſed ſolùm illum ex ſola confeſſione non eſſe damnandum; id quod & à nobis conceditur & procul dubio veriſſimum eſt. Quod tamen cum Jacobo Menochio; ita exaudimus, niſi reus, crimen confeſſus, in ea confeſſione poſtea perſe-

veret; Nam cum confeſſio metu tormentorum facta valeat ad condemnationem, ſi reus confeſſionem ſuam libero in loco repetat in eaq; conſtāter perſeveret, ideò & hoc caſu reum ex confeſſione, promiſſione iſta judicis extortâ, etiam condemnari poſſe, vero admodum ſimile videtur. *Et ita de judice inferiore ſtatuendum cenſeo.*

Quantùm verò ad ſuperiorem, ſive ad principem attinet, exiſtimo illum ſi impunitatem & veniam promiſerit, ad id, quod promiſit, ſervandum teneri. 1. Quia pactum fidesque data maximè à principe inviolabiliter cuſtodiri debet, quia principem non decet venire contra fidem datam, cùm in principe nihil refulgeat magis, quàm recta fides, *l. Inter claras, C. de ſumma trinit.* Et princeps ſuis dictis debet pertinaciter inhærere, non frangendo fidem. Mart. Laudenſ. *in tract. de pr. concl. 258.*

Nec eſt, quod hîc quis regerat, pactionem hanc idcircò ſervari non poſſe, quia utilitati Reipub. repugnet, quæ deſiderat delicta puniri. R. Si enim tam atrox ſit ſcelus, ut id primò quoq; tempore vindicari expediat Reipub. pluresq; ſint ejus criminis participes, qualis eſt cōjuratio in principem vel Rempub. intererit ſanè Reipub. ſcelus detegi & ideò ei, qui crimen fatetur,

tur, non ſolùm fides ſervanda; ſed præmio quoque efficiendus erit: Quò cumprimis pertinet laudabile Auguſti Imperatoris factum, qui decies ſeſtercium edicto publico promiſerat ei, qui Carocotam latronum in Hiſpania ducem ad ſe deduceret: Carocotas, re intellecta, ſeipſum Auguſto ſponte obtulit, ac præmium ex edicto popoſcit: Auguſtus & veniam illi & pactum præmium dari juſſit, Dio *lib. 56.*

2. Nec ſanè dici poteſt de re impoſſibili, quæque in manu principis non ſit, pactum hoc caſu interpoſitum, cum in arbitrio ejus ſit pœna; ſic, ut, cui velit, remittere eam poſſit, dummodo id ſalus reipublicæ poſtulet. Ut enim in poteſtate ejus lex eſt, atque circa legem diſpenſare juſtam ob cauſam poteſt, ſic quoque pœna, lege civili inducta, in ejusdem erit arbitrio, ut circa illam diſpenſare, vel mitigando, vel in totum remittendo queat: Sed hoc ita tamen ſi pœna civilis ſit (ut ſunt plæræque pœnæ) non ſi naturalis & moralis: Circa legem enim moralem nulli hominum diſpenſatio conceditur, *arg. d. l. fin. de LL.* Homicidii proinde impunitatem neque promittere neque concedere poteſt princeps, ut cujus pœna lege morali inducta ſit, ut alibi docuimus.

Caput VI.

De pactorum adjunctis.

Quæstio I.

An ex pura conventione ſtatim agi poſſit, nullo temporis ſpacio intercedente?

ADjuncta ſeu qualitates pactorum ſunt dies & Conditio: Ut enim ſtipulatio, ita quoque pactum, vel purè, vel in diem, vel ſub conditione fieri poteſt, §. *omnis*, *I. de V. obligat.* de quibus ſingulis videamus. Et purum dicitur pactum cui neque dies, neque conditio appoſita eſt, *d. §. omnis*. Effectus hujus eſt, ut ſtatim & confeſtim pariat obligationem, *d. § Omnis*. Verùm ſi pactum vel legitimum ſit, vel veſtitum, an ſtatim, atq; perfectum eſt, actionem quoque pariat, non videtur expeditum: Vero enim valdè conſentaneum videtur, ex pura conventione non poſſe confeſtim agi, ſed obligationem quidem ſtatim naſci; Actionem verò ſuſpendi & differri ad illud usque tempus, quo opportunum fuerit promiſſori id, quod promiſit, præſtare. Argumenta, quibus moventur, hæc ſunt.

1. In *l quod dicimus*, 105. *ff. de ſolut.* Paulus disertè ait; Id quod dicitur; eum, qui pure promiſit debere ſtatim ſolvere, cum

aliquo

aliquo temperamento temporis accipiendum eſſe, nec enim par eſſe, ut cum ſacco adeatur.

2. Et in *l. ſi debitori meo, 21. ff de judic.* ſcribit Ulpianus; ſi is, qui pure debet fateatur ſe debere & ad ſolvendum paratus ſit, dandum ei diem cum competēti moderamine: Modicum autem tempus illud intelligendum eſſe, quod poſt condemnationem reis indultum eſt. Unde manifeſtè conſtat, ex pura conventione non ſtatim naſci actionem, ſed ad tempus modicum illam ſuſpendi.

3. Idem planè confirmat, *l. promiſſor Stichi, 21. §. 1. ff, de conſtit. pecun.* ibi Paulus: *Si ſine die conſtituas, poteſt quidem dici, te non teneri, licet verba edicti latè pateant, alioquin & confeſtim tecum agi poterit, ſi ſtatim, ut conſtituiſti, non ſolvas; ſed modicum tempus ſtatuendum eſt non minus decem dierum, ut exactio celebretur.*

4. In *§. fin. I. de inutil. ſtipulat.* diſertis verbis Juſtinianus ſcribit: Si fundum ſtipuleris, vel hominem, non poteris continuò agere, niſi tantum ſpacium præterierit, quo traditio fieri poſſit: Ex quo iterum relucet ex pura conventione confeſtim agi non poſſe; ſed ad tempus differendam actionem.

Contraria opinio verior eſt & argumentis atque textibus juris dilucidiſſimis probatur.

1. Per *l. Eum qui, 41. § 1 ff. de Verb. obligat.* ibi Ulpianus: Quotiens, ait, in obligationibus dies non ponitur, præſenti die debetur: At hîc verbum *debetur* procul dubio cum effectu accipiendum; ut verba legum in dubio accipienda ſunt: Et in *l. 14. ff. de R. I.* In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, præſenti die debetur.

2. Quia in *§. 2. I. de V. O.* die adjectâ, dicitur differri petitio, ſeu actio: Cui conſequens eſt, die non adjectâ petitionem, ſeu actionem non differri: Aliàs certè nulla foret inter puram conventionem & eam, quæ diem adjectum habet, differentia.

3. Et ſanè hæc mens eſſe atque intentio contrahentium videtur, ut, die non adjectâ, ſtatim obligari & quidem cum effectu velint: Nam ſi vel obligationem, vel actionem differri vellent, proculdubio id exprimerent.

Solutio contrariorum.

Ad primum R. Ex pura obligatione cōfeſtim quidem agi poſſe; ſed non eò uſq;, ut

ut debitor etiam ſtatim ſolvere cogatur; quia ſi convictus & condemnatus fuerit debitor, conceditur ei ſpacium 4. menſium ad ſolvendum; proinde licèt ex pura conventione confeſtim, nullo interpoſito temporis ſpacio, agi queat; non tamen protenus debitor ad ſolutionem compelli poteſt: Sed ad hanc ipſi modicum tempus concedendum erit. Ut ita aliud ſit actionẽ differri, & aliud differri ſolutionẽ.

Ad ſecundum. Idem planè reſpondendum eſt, quod enim modicum illud tempus non ad actionem, ſed ad actionis executionem & ſolutionem differendã ſpectet, ex textu ipſo plus ſatis liquet.

Ad tertium argumentum, deductum ex *l.21.§.1.ff.de pec. conſt.* Reſpondeo eam legẽ de conſtituto expreſsè loqui: Conſtituti verò hanc eſſe naturam, ut ſemper in ſe diem contineat, etiamſi is nominatim atque expreſsè verbis adjectus non fuerit: Prætor ſiquidem actionem ex edicto pollicetur, ſi appareat eum, qui conſtituit, neque ſolvere neque feciſſe, quod conſtitutum eſt, *l 16.§.2. ff.de conſt pec.* quæ verba ita accipienda veteres putarunt, quod non ſtatim conveniri poſſit is, qui conſtituit, ſed tunc demum, cùm aliquid temporis elapſum eſſet, *d.l.21.§.1.ff.de conſt.pec.*

Ad quartum & ultimum reſpondeo *in §. fin. I. de inutil. ſtipulat.* Imperatorem ejusmodi proponere caſum, quo res fuerit promiſſa, quæ eo in loco non fuerit ubi contractus celebratus eſt; vel quæ in hoſtium fuerit poteſtate, quo caſu, cùm cõventio non ſit pura, ſed tacitum in ſe cõtineat tempus, quo rem tradere promiſſor queat; adeoque promiſſio in ſe dilationem habeat ex re ipſa, ideò mirum nõ eſt, quod confeſtim ex eo agi non poſſit, quoniam non ſolùm diei expreſſi, ſed & taciti hæc vis eſt, ut actionem differat & ad diei usque adventum ſuſpendat, *l quotiens, ff. de V. oblig.* & nunc in ſequentibus dicemus.

QUÆSTIO II.

De Die conventioni adjecta & quid operetur?

Diem conventio adjectam habere dicitur, cum, adjecto die, quo pecunia ſolvatur, conventio fit. Dies autem duplex eſt, certus & incertus: *Certus*, de quo conſtat certò, quod ſit exiturus etſi fortaſſis incertum ſit, quando venturus ſit; Incertus, de quo non liquet an unquam ſit vẽturus, ut cum promotus fueris in doctorem, cum conſul fueris factus, &c. Quod ad priorem, diem inquam, certum, hoc opera-

operatur conventioni legitimæ vel non nudæ adjectus, ut petitionem quidem & ſolutionem differat; ſic, ut antequam venerit & ceſſerit agi ad ſolvendum non poſſit, obligationem verò ſtatim naſci patiatur; Idque diſertis verbis expreſſit Juſtinianus *in § omnis, I. de V. Obligat. In diem* (fit ſtipulatio) *cum adjecto die, quo pecunia ſolvatur; ſtipulatio fit. Quod autem in diem ſtipulamur, ſtatim quidem debetur; ſed peti priusquam dies venerit, non poteſt; At ne eo quidem ipſo die in quem ſtipulatio facta eſt, peti poteſt.* Idemque Pomponius aſſerit *in l. qui hoc anno, 42. ff. de Verb. obligat. Qui hoc menſe, aut hoc anno dari ſtipulatus eſt, niſi omnibus partibus præteritis anni vel menſis, nō rectè petet.* Nec huic, quod dixi, diem non differre obligationem, quicquam refragatur, quod in *l. 44. §. 1. ff. de Obligat. & Act.* Paulus ſcribit *obligationem, cũ dies conventioni adjicitur, ex die incipere*, ex quo nonnulli concludunt, ante diem Obligationem non naſci, ſed usque ad diem venientem differri: Item, quod Ulpianus ſcribit: *diem adjectum efficere, ne præſenti die pecunia debeatur, l. 41. §. 1. ff. de Verb. Obligat.* Nam utrumque verum eſt, die adjecta obligationem differri, & non differri; rem promiſſam deberi, & non deberi, ſed ſen-

ſu & reſpectu diverſo: differtur obligatio ratione pleni effectus, ſic ut ante diem quidem res debeatur; ſed non ita, ut exigi poſſit antequam dies venerit ac totus elapſus fuerit, *d. §. 2. I. de V. obligat.* Et, ut rem totam paucis complectar, verbum *debendi*, ut & *obligationis* in adductis locis cum effectu accipitur, ut ſignificet non plene & efficaciter ante diem pecuniam deberi, id eſt, non ita, ut & peti poſſit ante diem, revera enim non peti poteſt, ut docet Juſtinianus in *d. §. omnis.* Nec huic rurſus refragatur, quod deberi ante diem dici non poſſit, quod ante diem exigi nequit: Cùm pro non dicto ſit, quod dare quis, niſi velit, cogi non poteſt *l. ſub hac, ff. de obligat. & Act.* nec dici poſſit obligatio, quæ actionem & petitionem non parit; Cùm obligatio definiatur, quâ neceſſitate adſtringimur alicujus rei ſolvendæ, *pr. I. de obligat.* Nulla autem neceſſitate teneatur is, à quo invito pecunia peti non poteſt.

℞. Siquidem & is, qui in diem debet, etiam ante diem neceſſitate adſtringitur pecuniæ præſtandæ: Non quidem adſtringitur, ut ſolvat in præſentia; verè tamen & rectè dicitur in præſentia jam nũc adſtringi, ut quandoque ſolvat, quia certum

tum eſt id poſtea futurum; ſecus atq; cum pacto conditio adjicitur; Ut enim ante eventum conditionis nulla neceſſitas eſt rei præſtandæ, ita nec certum eſt, ullam hanc neceſſitatem poſtea futuram; quia incertum, an conditio exiſtat.

Non refragatur præterea, *l. 1. §. 1. ff. de condit. & demonſtrat.* in qua Pomponius *Cum dies*, ait, *certus adſcriptus eſt, quamvis dies nondum venerit; ſolvi tamen poſſunt, quia certum eſt debitum iri:* Quæ poſtrema verba indicare videtur, antequam dies venerit nondum deberi, nec ex tali conventione debitum eſſe, ſed ſpem ſolùm debiti naſci. Et conſequenter obligationem ſimul & actionem, die certâ adjectâ differri.

℞. Hoc, inquam, non adverſatur: Nam & hîc, ut ſuperioribus in locis, verbum debiti cum effectu capiendum, ſic ut aliquando, die ſcilicet veniente, heres ſolvere neceſſum habeat.

Porrò quod, die adjecta, actionem quoque differri dictum, id etiam in difficultatem incidit: Videtur enim non parum adverſari, §. *Appellandum, I. de exceptionibus*, ubi Juſtinianus exceptionem temporalem pacti conventi dari, cum ita convenerit, ne intra certũ tempus ageretur;

Hæc

Hæc quippe exceptio arguit actionem fuiſſe notatam, cùm exceptio ſit actionis excluſio, & omnis privatio præſupponat habitum.

℞. Verùm ſciendum eſt multum intereſſe, utrum dies ab initio conventioni fuerit inſerta, an verò pòſt, conventione jam purè contractâ, pacto dies fuerit adjecta: Priori enim caſu actio ab initio nõ naſcitur, ut ſatis abundeque Ulpianus in *l. Certi, 9 ff. de Reb. credit.* teſtatur. *Si in diem,* inquiens, *ſit obligatio vel ſub conditione; antè diẽ vel conditionem nõ potero agere.* Et *in l. 2. §. 6 ff. de eo, quod certo loc. Qui ita ſtipulatur Epheſi decẽ dari, ſi ante diem, quã Epheſum pervenire poſſit, agat; perperam ante diem agit.* Et Juſtinianus *prius* ait *peti non poſſe, quàm dies venerit, d. §. omnis,* At poſteriori caſu, quo dies pacto ſubjicitur, actio quidem naſcitur, ſed ea pacti conventi exceptione eliditur, & de hoc accipiendus, *§. appellandum.* Cæterùm dies certus rurſus eſt duplex expreſſus & tacitus; Ille dicitur, qui verbis expreſſis conventioni appoſitus eſt: hic verò, qui tacitè pacto continetur, *l. 73 pr. ff de V. Oblig* ibi Paulus. *Interdum pura ſtipulatio ex re ipſa dilationem capit; veluti ſi id, quod in utero ſit, aut fructus futuros, aut domum ædificari ſtipulatus ſit: Tunc enim incipit*

cipit actio, cum per rerum naturam præſtari poteſt. Utriusque verò, expreſſi & taciti diei eundem eſſe effectum, quoad actionem & ſolutionem differendam, clarè oſtendit Paulus verbis modò adductis, dum ait actionem tunc incipere cum res promiſſa, quæ tacitum in ſe diem habet, præſtari poteſt, adeoque dies, qui ſtipulatione tacitè continetur, venit.

Dies incertus, de quo ſcilicet non conſtat, an unquam venturus ſit, vim habet conditionis, *l. 75. ff. de condit. & dem.* ibi Papinianus. *Dies*, ait, *incertus conditionem in teſtamento facit*, & in *l. quodcunque, 45. §. Non ſolùm, 3. ff. de V. Oblig.* Ulpianus ſcribit: *Non ſolùm ita ſtipulari poſſumus cum morieris, ſed etiam ſi morieris: Nam ſicut inter hæc nihil intereſt cum veneris & ſi veneris; ita nec ibi intereſt ſi morieris & cum morieris*: At ſtipulatio *cum veneris* item *cum morieris* diem in ſe tacitum continet; Iſta verò *ſi veneris*, *ſi morieris* conditionem: Proinde vult Ulpianus inter diem incertum & conditionem nihil intereſſe: Sicut igitur conditio obligationem & actionem differt; ita quoque dies incertus.

QUÆSTIO III.

An id, quod in diem debetur, etiam ante diem invito ſolvi poſſit?

Cùm

Cùm ex prædictis conſtet, diem pacto & conventioni adjectum, facere ad ſolutionem differendam, quæritur utrumne itaque, ſi ante conſtitutum diem paratus ſit debitor ſolvere, quod in diē debet, anné id facere poſſit, invito etiam & recuſanti creditori? Equidem Jacob. Cujacius in *l. 38. §. 16. ff. de V. Oblig.* & Johann. Borcholt. *in tr. de V. obligat. C. 6. n. 35. & ſequent.* ſtatuunt non poſſe debitorem ſolvere, invito creditore, nec hunc cogi poſſe ad ſolutionem accipiendam.

1. Quia oportuno tempore & loco debitum offerri & ſolvi debet, *l. 32. ff de uſur. l. ſi ſoluturus, 39. ff. de ſolut.* ubi periculum dicitur eſſe debitoris, qui inoportuno tempore vel loco obtulit: Atqui id, quod in diem debetur, ſi alio, quàm die conſtituto offeratur & ſolvatur, inoportuno tempore oblatum ac ſolutum eſt: Ergo alio tempore, quàm die ſolutioni præſtituto, non poteſt invito creditori ſolvi.

2. In *l. Creditor. 102. ff. de ſolut.* creditor oblatam à debitore pecuniam, ut alia die accepturus, diſtulit; & pecunia mox à magiſtratu, quaſi æroſa reprobata fuit, ac dicitur periculum creditoris non eſſe, quia, etſi creditor pecuniam à debitore oblatam

tam accipere diſtulit, tamen juſta ex cauſa fecit, cùm pecunia inoportuno & incommodo tempore offerretur. Inoportunum igitur tempus, quia JCtus illud appellat, quod diverſum eſt à die expreſſo, idcircò conſequens eſt, creditorem invitum non cogi pecuniæ ſolutionem accipere.

3. In *l. 39. ff. de ſolut.* comparantur invicem locus & tempus: Conſtat autem loco adjecto, non poſſe alio in loco invito creditori ſolvi: Igitur idem de tempore adjecto dicendum, ut alio tempore, quàm deſignato, ſolvi non poſſit.

4. In *l. 18. pr. ff. de pec. conſt.* dicitur eum agere non poſſe, per quem ad diem conſtitutum non ſteterit, quominus aliquid detur, aut fiat, licèt ante per ipſum ſteterit. Unde dicendum videtur, creditorem impunè recuſaſſe ante diem conſtituti oblatum accipere.

5. Hûc facit, quod die adjectâ ante diem venientem debitum non ſit, *l. 41. §. 1. ff. de V. obl. l. 1. §. 1. de cond. & dem.* Quare nec ante diem ſolutio debiti eſſe poſſit.

Verùm his minimè motus ſtatuendum cenſeo, in diem debitum, etiam ante diem rectè ſolvi, quæ ſententia communis eſt, & à præſtantiſſimis atque acutiſſimis

mis JCtis laudatur ac defenditur, & ſequentibus argumentis nititur.

1. In *l.41.* §. 1. *verſ. Verum dies adjectus, ff. de V. Obligat.* Ulpianus ait, *diei adjectionem pro reo eſſe, non pro creditore*: Idemque *in l. 7. ff. de R. Iudic.* inculcatur. Atqui non eſſet pro debitore, ſed pro creditore, ſi debitor invito creditori ſolvere non poſſet. Et cum dies pro debitore ſit, atque diei adjectione ſolutio, in favorem & gratiam debitoris, differatur, poteſt utique debitor huic ſuo favori renunciare & ante diem ſolvere, quod in diem debet, *arg. l. pen. C. de pact.*

Reſpondet quidem ad hoc fundamentum Borcholt: Hactenus ſolùm diem adjectum pro reo, ſive pro debitore, eſſe, ut ſcilicet reus ad ſolutionem ante diem invitus non compellatur: Deinde ſic quemlibet poſſe jus ſuum contemnere eidemq; renunciare, ſi per hoc alteri injuriam & iniquam conditionem non inferat: Atqui debitorem injuriam facere creditori, ſi, diei adjectioni renuncians, ante diem ſolveret.

Sed tantùm abeſt, ut hæc reſponſio fundamentum noſtrum convellat, ut etiam vix illud attingere videatur: Quod enim ad prius, in mera conſiſtit divinatione:

tione: Concedimus utique pro reo eſſe diem adjectum, ſic ut non poſſit cogi ad ſolvendum, ſed & ita pro debitore eum eſſe, ut invito creditori ſolvere queat, patet non ſolùm ex illis locis, quibus dicitur generaliter & indiſtinctè diem pro reo adjectum eſſe, quæ nullo juris textu ita, ut vult Borcholt. reſtringuntur; ſed etiam confirmatur illis legibus, in quibus apertè dicitur ante diem ſolvi poſſe, quas mox proferemus. Nec ſanè dici poteſt debitor, antem diem ſolvendo, ullam creditori facere injuriam, quoniam ſuo jure ſuoque beneficio & privilegio, à legibus ſibi conceſſo, utitur.

2. Accedunt huc textus expreſſi, in quibus dicitur debitorem ante diem ſolvere poſſe creditori: Textus hujuſmodi eſt *in l. 137. §. 2. ff. de V. Oblig.* ubi Venulejus. *Nam & quod in diem, inquit, debetur, ante ſolvi poteſt, licèt peti non poſſit.* Conſimilis textus eſt *in l. 38. §. 16. ff. eod.* ubi Ulpianus: *Inter certam incertamq; diem diſcrimen eſſe ex eo quoq; apparet, quod certâ die promiſſum vel ſtatim dari poteſt: Totum enim medium tempus ad ſolvendum, liberum promiſſori relinquitur, & qui promiſit, ſi aliquid factum ſit, vel tum aliquid factum ſit, niſi cum id factum fuerit, dederit, non videbitur feciſſe, quod promiſit.*

miſit. Et in *l 70. ff. de ſolut.* Celſus ſcribit: *Quod certa die promiſſum eſt, vel ſtatim dari poteſt: Totum enim medium tempus ad ſolvendum promiſſori liberum relinqui intelligitur.*

Equidem non ignoro Borcholdum ad hoſce textus dilucidiſſimos reſpondere debitorem ſolvi quidem ante diem poſſe, ſed volenti ſaltem, non etiam invito creditori. Verùm quàm lubrica & imbecillis ſit hæc reſponſio ex hiſce liquere poteſt. 1. Quod manifeſtè petat principium, dum fundamenti loco præſupponit idipſum, quod in controverſia eſt. 2. Quod propriè quis id poſſe dicatur, quod ſuo jure poteſt, altero invito & repugnante, *l. 10. de ſolut. l. 57. eod. & conſimilibus aliis.* Et quanquam fortaſſis in jure & is poſſe dicatur, qui poteſt, altero volente ac conſentiente; id tamen dicitur valdè impropriè & abuſivè. 3. Quia in *l. 70. de ſolut. & l. 38. §. 16. de Verb. Obligat.* dicitur expreſsè debitori liberum eſſe ante diem conſtitutum ſolvere: At verò liberum non eſſet, ſi cum valet, non poſſet; puta ſi creditor acceptare ſolutionem recuſaret: Nec liberum foret debitori, ſi in poteſtate ejus non eſſet, quando velit ſolvere.

Solutio

Solutio contrariorum.

Nec huic repugnant, quæ in contrarium à Borcholdo fuerunt adducta: Quod enim *ad primum* ℞. id manifeſtam continere petitionem principii. Quia utrum tempus, diem adjectum antecedens, ſit tempus ſolutionis inoportunum, in quæſtione nunc eſt: Nos negamus, Borcholdus affirmat: proinde illud non, tanquam principium, & conceſſum, præſupponere debet; Et quod ſit tempus oportunum ad ſolvendum, ſatis luculenter probant textus hactenus pro opinione noſtra adducti: Nec enim inoportuno tempore ſolviſſe dici poteſt, qui eo tempore ſolvit, quo jure ſolvere poterat, & quo ipſi liberum erat ſolvere.

Ad ſecundum ℞. Etſi tempus, quod diem expreſſum antecedit alias oportunum ſit ſolutioni; ſi tamen creditor juſtam habeat recuſandi ſolutionem cauſam, cenſetur tempus inoportunum; Sic enim, licèt nullâ die adjecta, in poteſtate ſit vel ea ſtatim die, qua promiſſum eſt, ſolvere, invito etiam creditori; ſi tamen hic juſtam habeat cauſam, tunc ſolutionem recuſandi, dicitur tempus illud ſolutioni inoportunum.

Sic

Sic igitur in adducta, *l. 102. de ſolut.* tempore inoportuno dicebatur oblatum id, quod in diem debebatur, non quia ante diem adjectum offerri & ſolvi non potuerit; ſed quia aliam juſtam habuerit cauſam creditor ſolutionem recuſandi, ut ex textu manifeſtiſſimè patet.

Ad tertium ℞. in *d l. 39. de ſolut.* non ſimpliciter comparari tempus cum loco, ſed tempus inoportunum cum loco inoportuno, in eo videlicet, quod non magis inoportuno loco offerre liceat, quàm tẽpore inoportuno: At tempus, quod diem antecedit, non eſſe inoportunum, quia tempus ſolius debitoris cauſa adjicitur, *d. l. 38. §. 16. de V. Obligat.* Locus verò utriusque gratia, tam creditoris, quam debitoris.

Ad quartum ℞. in *l. 18. ff. de pecun. conſtituta*, ſententiam noſtram potius confirmari, quàm infirmari, probat enim diſertè in diem debitum, ante diem ſolvi poſſe, invito etiam creditori, quia proponit ante diem ſtetiſſe per actorem, quo minus acciperet, cui conſequens eſt, quod debitum jure non potuerit recuſare; alioquin ſi juſtam habuiſſet cauſam illud recuſandi, moram non feciſſet, nec per eum ſtetiſſet, *d. l. 32. ff. de uſur.* Quin etiam

pro

bat atque evincit, tempus, quod diem antecedit, opportunum eſſe tempus ſolvendi: quia tunc demum quis moram committit, atque per eum ſtare dicitur, quando oportuno tempore debitum fuit oblatum, *d.l.32.ff.de uſur.* Atqui, ante diem oblato debito, dicitur ſtetiſſe per creditorem quo minus acciperet, adeoq; moram contraxiſſe; ſequitur ergo tempus iſtud oportunum fuiſſe.

Quod autem Ulpianus hîc ſubjicit, non eſſe ſpectandum, quid antea ſit factum, ſed quid die conſtituto, id ſic intelligendum, ut ſi per debitorem ante diem conſtitutum ſteterit non ei hoc noceat, quominus etiã poſt diem conſtituti venientem, poſſit agere de pecunia conſtituta; Ex quo tamen non ſequitur auctorem prius moram non commiſiſſe, *l. Illud, ff. de peric. & commod.* Idcircò autem vult Ulpianus, cùm quæritur, an per actorem ſteterit, ſpectari duntaxat tempus conſtituti, quia illa verba edicti, *quod cõſtitutum eſt*, ſic ad creditorem referuntur, ſi appareat per creditorem ſtetiſſe quominus ſua die fieret, quod conſtitutum eſt *arg. l 4. §. 1 ff. de Vulg. & pup. ſubſtit.*

Ad quintum & Ultimum.

QUÆSTIO IV.

An id, quod in diem debetur ſi ante diem fuerit ſolutum repeti poſſit? Et quid de intereſſurio medii temporis ſtatuendum?

CUM hactenus oſtenſum ſit, id, quod debetur in diem, ante diem revera eſſe debitum, quæritur anne itaque, ſi debitor, in cujus gratiam dies adjicitur ad ſolutionem differendam, errore ductus ſolverit, repetere poſſit, id, quod ſolvit? Quæ quæſtio apertè deciſa eſt, *in l. In diem, 10. ff. de condict. indeb.* ubi Paulus. *In diem debitor adeò debitor eſt, ut ante diem ſolutum repetere non poſſit.* Et hoc quidem de die certa dubium planè nullum habet: Nec enim repetitur, quod verè fuit debitum; ſed quod indebitum fuit. De intereſſurio autem medii temporis, anne competat repetitio, tanquam indebiti, non convenit inter Interpp. Etenim Hugo Donellus 14. *comm. 18. in fine* & Johannes Robert. *1. ſent. 26.* ne quidem intereſſurii intermedii temporis repetitionem competere, ſtatuunt, quorum fundamenta hæc ſunt.

1. In *l. 10. ff. de condict. indebiti,* nihil quicquam diſtinguitur, ſed de eo, quod

ante

ante diem ſolutum eſt, condictionem competere indiſtincte negatur.

2. Quia cum principalis nulla eſt repetitio, nec acceſſorii repetitio ulla competit, *arg. l 26. C. de uſur. cap. Acceſſorium, de R. Iur. in ſext.* Et qui perdit principale, is etiam perdit acceſſorium, *l. 17 ff. quem ſerv. omit.* Atqui intereſſurium eſſe acceſſorium rei, principaliter in diem debitæ, expeditum eſt.

3. Quia cùm res fuerit ante diem debita, etiam omne ejus commodum & quicquid inde emolumenti percipi poteſt, debetur cùm rem ſequantur fructus & obventiones, quæ inde provenire poſſunt.

4. Quia in condictionem indebiti nullæ veniunt uſuræ, *l. 1. C. de cond. indeb.* Igitur nec intereſſurium & commodum medii temporis.

Verùm contrariæ opinioni patrocinantur Duarenus *de condict. indeb. c. 5. verſ. ſed quæritur.* Andr. Clud. *de condict. indeb. c. 8. n. 28.* quæ & verior & æquior eſt & mihi præ altera iſta placet.

1. Quia vulgatum eſt juris axioma, in æquitate naturali fundatum, quod nemo debeat locupletari cum jactura

& detrimento alterius, *l. 14 ff. de condict. indeb. l. 206. de R. Iur.* At verò locupletaretur creditor, & quidem cum detrimento ac manifeſta debitoris injuria, ſi, re ex errore ante diem ſolutâ, intereſſurium retineret, nec illud debitori reſtitueret.

2. Quia quemadmodum is, qui ante diem petit, plus petere dicitur, & qui tardius ſolvit, quàm ſolvere debet, minus ſolvere intelligitur, *§. plus autem I. de action.* Ita, qui ante diem & citius ſolvit, plus ſolvere rectè cenſetur. Debitor enim, ſi ex errore non ſolviſſet, ſed pecuniam retinuiſſet, in alios uſus eam collocare, & inde lucrum facere potuiſſet: æquum ergo eſt, ut lucrum illud debitor repetat.

3. Confirmatur hoc porro etiam hac ratione, quod dies pars obligationis ſit, *l. 1. §. Editiones, ff. de edendo:* Idcircò dies quoque in obligationibus conſiderandus veniat, & ejus reſpectu plus minusvè ſolvi dicatur.

Et quanquam hanc rationem Johannes Robert. propterea improbet, quod dies obligationis non ſubſtantiam, ſed exemptionem duntaxat reſpiciat.

Solutio contrariorum.

Ad primum ℞. Legem *in diem*, 10. *ff. de con-*

condict. indeb. in qua dicitur id, quod ante diem fuerit debitum repeti non poſſe, ſi ſolutum fuerit, de re ipſa in diē debita accipiendam, quia de re loquitur, cujus ante diem debitor eſt; atqui intereſſurii & commodi intermedii temporis debitor non eſt, qui rem in diem dare promiſit, cùm dies pro ipſo debitore & non pro creditore adjectus cenſeatur, *l.38.§.16 & l. 41 §.1.ff.de V. obligat.* adeòq; commodum diei non ad creditorem, ſed debitorem ſpectet. 2. Quia aliàs, poſtquam dies venit, etiam hoc commodum ac intereſſurium medii temporis creditori præſtandum foret & jure ab ipſo exigi poſſet, nec plus petere diceretur, qui ante diem petit. 3: Quia ſi intereſſurii illius debitor eſſet, qui rem in diem debet, non poſſet dici plus ſolvere, quando ante diem ſolvit.

Ad ſecundum ℞. Intereſſurium iſtud medii temporis non eſſe rei principaliter debitæ acceſſionem, quia aliàs nō ad debitorem, ſed ad creditorem ſpectaret, nec dies, ratione commodi, pro debitore, ſed pro creditore adjectus eſſet: Adde, quod dies pars ſit obligationis principalis, *d l.1. §. Editiones, ff. de edendo*, adeòq; commodum illius non cenſetur jure acceſſionis. Quin etiam regula iſta, quod cum principalis

non eſt repetitio, nec acceſſorium repeti poſſit; tunc non procedit cum acceſſorium à principali commodè ſeparari poteſt, *l.139 in verb. plerumq; de R. Iur.*

Ad tertium reſp. intereſſurium temporis intermedii non eſt commodum ipſius rei debitæ, nec emolumentum exinde proveniens, nec fructus & obventio rei, quia aliàs lucro creditoris ſemper cederet, nec unquam ad debitorem ſpectaret; ſed eſt commodum diei, in quem res debetur; cui conſequens eſt, ut ad cujus cõmodum & utilitatem dies ſpectat, ad eandem quoque diei commodum pertineat.

Ad quartum R. quod dicitur in indebiti condictionem uſuras non venire, hoc de uſuris rei indebitè ſolutæ intelligendum, quæ nempe, ut rei acceſſio, debentur: At tale non eſt intereſſurium diei; quia non acceſſio rei debitæ ſolutæ, ſed diei emolumentum & utilitas eſt.

QUÆSTIO V.

Quanam ſit vis conditionis adjectæ conventionis?

SUpereſt, ut de conditione conventioni ſeu pactioni adjectæ dicamus. De hac verò ita Juſtinianus: Sub conditione ſtipulatio fit, cum in aliquem caſum differtur obligatio, ut ſi aliquid factum fuerit, vel

vel non fuerit, committatur ſtipulatio. §. 4. *I. de V. Oblig.* Quare conditio non modò actionem & petitionem, ſed obligationem etiam ſuſpendit ac differt, ita, ut ante conditionem exiſtentem nec obligatio ſit nata, nec debitũ intelligatur; Id, quod adhuc clarioribus verbis exprimit Juſtinianus *in eod.* §. 4. *Ex conditionali*, inquiens, *ſtipulatione ſpes tantum eſt debitum iri.*

Cui non adverſatur, quod *in l. 42. ff. de obligat. & Act.* Venulejus ſcribit: *Eum cui ſub conditione legatum eſt, pendente conditione, non eſſe creditorem; ſed tunc, cum extiterit conditio, quamvis eum, qui ſtipulatus eſt ſub conditione, placeat, etiam pendente conditione, creditorem eſſe.* Unde inferendum videtur, quod cùm ante conditionem exiſtentem, is cui ſub conditione promiſſum eſt, creditor ſit; alterum, promiſſorem videlicet, eſſe debitorẽ, & conſequenter, priusquã conditio exiſtat, non modò ſpem eſſe debitum iri; ſed etiam revera debitum eſſe: nec conditionem conventioni adjectam obligationem differre.

℞. Etenim non ſic accipiendus eſt Paul. quaſi ante conditionem exiſtentem velit revera eſſe debitorem ac debitum; ſiquidem aliàs apertè Juſtiniano *in d.* §. 4. *I. de Verb. Obligat.* contrariaretur; ſed potius

Digitized by Google

ſic intelligendus, quod cui ſub conditione, quid promiſſum eſt, is creditor ſit, non propter obligationem ex conventione natam, & debitum præſens, ad quod huic alter obſtrictus ſit, ſed propter ſpem debiti, *d.* §.4.

Pari ratione non refragatur, *l.* 26. § *quid ergo, ff. de ſtipulat. ſervor.* in qua ita Paulus: *Quid ergo ſi ſub conditione ſtipuletur? Ne hoc caſu valeat ſtipulatio; quia ex præſenti vires accipit ſtipulatio, quamvis petitio ex ea ſuſpenſa ſit.* Unde colligunt, quòd cùm conditionalis ſtipulatio *ex præſenti vires accipiat,* obligatio non ſit ſuſpenſa, ſed & ante conditionis exiſtentiam nata.

℞. Nam & ad hoc reſpondendum; Idcircò ſtipulationem ex præſenti & ſtatim vires capere, non quia ſtatim obligationem pariat; ſed quia ſpes obligationis & debiti exinde naſcatur, quæ ad ſucceſſores & heredes transmitti queat juxta *d.* §. Idque, ut ex verbis textus haut obſcurè relucet, dicitur in comparatione ſtipulationis & legati: Hoc ſiquidem in præſenti vires non accipit, ut ad heredes transmitti poſſit, *d.l.*42.*ff. de Obl. & Action.*

Quæ-

QUÆSTIO VI.

An impoſſibilis conditio vitiet conventionem, an verò ipſa vitietur?

IMpoſſibilis conditio dicitur, quæ in eum caſum concepta eſt, cujus eventus naturâ prohibetur, *l ſi ſtipuler, 35. & l. continuus, 137. §. cum quis, ff. de Verb. Obligat.* De hac igitur conditione quæritur, utrũ vitiet ſtipulationem? Diſtinguendum eſt utrum impoſſibilis conditio ſit in faciendo, an verò in non faciendo, ut ſi in non faciendo ſit, ſtipulationem non vitiet, ſed illa pro pura habeatur ac ſtatim obligatio nem producat; Secus verò ſi ſit in faciendo: Tunc enim conventionem vitiat, ſic ut pro infecta habeatur: Atque hoc diſertè Juſtinianus expreſſit in §. *Si impoſſibilis conditio, I. de inut. ſtipulat. Si impoſſibilis conditio obligationibus adjiciatur, nihil valet ſtipulatio: Impoſſibilis autem* conditio habetur, cui natura impedimento eſt, quominus exiſtat, veluti ſi quis ita dixerit: Si digito cœlum attigero dare ſpõdes? At ſi ita ſtipuletur: Si digito cœlum non attigero, dare ſpondes? Pure facta obligatio intelligitur, adeoq; ſtatim peti poteſt. Et clarius adhuc Ulpianus *in l. Impoſſibilis, 7. ff. de V. obligat.* ubi ait: *Impoſſibilis conditio cum in faciendum concipitur ſtipula-*

tionibus obſtat. Aliter atq; ſi talis conditio inferatur ſtipulationi, ſi cœlum non aſcenderit: Nam utilis & præſens eſt & pecuniam creditam continet. At cur conditio impoſſibilis in non-faciendo non vitiet ſtipulationem, ratio hæc eſt, quod conditionis vim non habeat, ſed pura ſit ſtipulatio ita concepta, quoniam certum eſt id ſtatim fieri, quod tali conditione continetur, ut in qualibet alia conditione, quæ omninò extitura eſt, *ut ſi cras Sol orietur*, dicitur ſtipulationem, ſub tali conditione conceptam, non eſſe conditionalem, ſed puram. Cæterùm, quod dictum eſt, impoſſibilem conditionem, in faciendum conceptam, conventionem & ſtipulationem vitiare, ei non parum adverſari videtur textus *in § Impoſſibilis, I. de hered. inſtit.* ubi Juſtinianus apertè docet conditionem impoſſibilem inſtitutionibus heredis, legatis & fideicommiſſis adjectam pro non ſcripta haberi, adeoque non vitiare ultimas voluntates, ſed ipſam vitiari.

℞. Verùm diverſam eſſe rationem contractuum & ultimarum voluntatum, omnes facilè agnoſcunt: Ratio autem diverſitatis in eo conſiſtit, quod cùm contractus utriusque contrahentis conſenſu ineantur, creditori imputari poſſit cur paſſus fuerit impoſſibilem conditionem

adjici, & cur in eam conſenſerit: At quia legato & heredis inſtitutione ſine voluntate, imò etiam ſine ſcientia legatarii, aut heredis, conditio impoſſibilis per teſtatorē adſcribitur; heredi aut legatario nil poteſt imputari quicquam, quod impoſſibilis conditio adjecta fuerit. Accedit & hæc ratio, quod impoſſibilis conditio legato & heredis inſtitutioni ab uno adjiciatur, cui uni præſertim morienti, facilè contingere poſſit, ut erret & adſcribat impoſſibilem conditionem, *l.1. in V. vel alio modo, ff. de cond. inſt.* Nec veriſimile ſit teſtatorem moribundum ludere nihilq; agere voluiſſe; cum ſuprema hæc ſit voluntas & arbitrium iſtud teſtandi non redeat, *l.1. C. de SS. Eccl.* Addit deniq; & hanc rationem Hot. quod teſtamenta favorabilia ſint, & ideò interpretatione adjuvanda, *l.12. de R. I.* obligationes autem non ſint favorabiles, & ideò interpretatione non adjuvandæ. *l. Arrianus, ff. de obl. & Act.*

QUÆSTIO VII.

An conditio cõtractus, qua id agitur, ut debeatur, non poteſt conferri in arbitriũ debitoris?

Cum ex prædictis conſtet valere cõtractum ſub conditione initũ, quæritur, quid de ea dicendum ſit conditione, qua cõtractus in arbitriũ debitoris cõfertur, anne ſub ea valeat & ſubſiſtat contractus?

Digitized by Google

Negat Pomponius *in l. 8. ff. de oblig. & Act.* *ſub hac*, inquiens, *conditione ſi volam nulla ſit obligatio: Pro non-dicto enim eſt, quod dare, niſi velis, cogi non poſſis. Nam nec heres promiſſoris, ejus qui nunquam dare voluerit, tenetur: quia hæc conditio in ipſum promiſſorem nunquam exiſtit.* Cui adſtipulatur Ulpianus *in l. 7. pr. ff. de contrah. empt. Hæc venditio ſervi, ſi rationes domini computaſſet, conditionalis eſt, conditionales autem venditiones tunc perficiuntur, cùm completa fuerit conditio. Sed utrum hæc eſt venditionis conditio, ſi ipſe dominus putaſſit ſuo arbitrio; An verò ſi arbitrio viri boni? Nam ſi arbitrium domini accipiamus, venditio nulla eſt; quemadmodum ſi quis ita vendiderit, ſi voluerit, vel ſi ſtipulanti ſic ſpondeat, ſi voluero, decem dabo, neq; enim debet in arbitrium rei conferri, an ſit obſtrictus.* His ſuffragantur Impp. *in l. 13. C. de contrah & comm. ſtipul. In vendentis vel ementis voluntatem collata conditione comparenti, quia non adſtringit neceſſitate contrahens obligatio nulla eſt, idcirco dominus invitus ex hujuſmodi conventione rem propriam, vel quilibet alius diſtrahere non compellitur.* Et Ulpian. *in l. 17. ff. de Verb. obligat. ſtipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata conditione.* Et Javolenus *in l. 108. §. 1. eod. Nulla ait promiſſio poteſt conſiſtere, quæ ex voluntate promittentis ſtatum capit.* Item-

que Ulpian. *in l. 2. § 3. ff. de eo, quod certo loco: Non utiq;*, inquit, *ea, quæ tacitè inſunt ſtipulationibus, ſemper in rei eſſe poteſtate Sed quid debeat eſſe in eius arbitrio, An debeat, non eſſe.*

Et ratio hujus in ſuperioribus jam indicata eſt, quod nempe obligatio non ſit, quæ neceſſitate non adſtringat promiſſorem, ſeu debitorem *arg. pr. I. de obligat.* At ex tali contractu conditionali non naſcitur obligatio, quæ neceſſitate debitorem obſtringat, *d. l* 8. *ff. de oblig. & Act. l. 13. C. de contrah. empt.* Et quamvis fieri poſſit, ut is, qui promiſit, velit poſtea, tamen idcircò non valet ſtipulatio, quia ab initio nullas vires habet, nec in ſe neceſſitatem cogendi continet. At omnis obligatio utilis, licèt ſub conditione facta, vires aliquas ab initio habere debet, *l. 26 ff. de ſtipul. ſervor.* Adde, quod id, quod ab initio nullum eſt nec tractu temporis convaleſcere poſſit, *l. quod ab initio & l. quæ ab initio, ff. de R. Iur.*

His non adverſatur. 1. *L. 46. §. 2. ff. de V. obligat.* ubi Paulus: *Si ita ſtipulatus fuero, cum volueris quidam inutilem eſſe ſtipulationem ajunt: Alii ita inutilem, ſi antequam conſtituas, quod verum eſt.*

Sed reſpondeo: Hac conditione *cum volueris* tempus ſolùm expreſsè conferri in voluntatem debitoris, quando videlicet res promiſſa debeatur; quamvis taci-

Digitized by Google

erit, do, lego; apud Labeonem proculus notat, nõ aliter ad heredem legatarii pertinere, quàm ſi ipſe legatarius voluerit ad ſe pertinere, quia cõditio perſonæ injuncta videtur: Ex quo relucet *conditionem obligationis* in creditoris arbitrium conferri poſſe.

℟. Etenim conditio contractus; licet in debitoris arbitrium conferri nequeat; In arbitrium tamen creditoris conferri poteſt: Cum ratio ſuperior, qua prohibetur conditio contractus in debitoris arbitrium conferri, in debitore deficiat.

Similiter non refragatur; *L. 3. C de dotis promiſſione* in qua ita Gordianus: *Si cùm ea, quæ tibi matrimonio copulata eſt, nuberet, is, cujus meminiſti, dotem tibi, non addita quãtitate ſed quodcunq; arbitratus fuiſſet, pro ea daturum ſe ritè promiſit, & interpoſitæ ſtipulationis fidem nõ exhibet, competentib. actionb. uſus ad repromiſſi emolumẽtum jure judiciorũ pervenies.* ℟. Nam hîc non ipſa obligatio, ſed quantitas duntaxat obligationis confertur in arbitrium debitoris; atq; ita non an debeat, ſed quid debeat in promiſſoris eſt arbitrio: Hoc autem fieri poſſe, expreſsè dicitur, *in l. 2. §. 3 ff. de eo, quod cert. loc.*

Adhæc non refragatur, *§. pen. I. de contr. empt.* ubi Juſt. *Emptio* ait *tam ſub conditione quã purè contrahi poteſt; ſub conditione, veluti,*

ſi

ſi Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.

℞. Nam & hîc in arbitrium emptoris non confertur an emat, ſed quando emat, non ipſa obligatio, ſed obligationis tempus; Id quod fieri poſſe paulò ſupra oſtenſum fuit.

QUÆSTIO VIII.

Si in arbitrium extranei, ſive tertii conditio contractus conferatur, & is fuerit arbitratus, an ſtandum præciſè arbitrio, an verò ad arbitrium boni viri redigendum; Et quid in ſtrictis contractibus?

SI in tertii alicujus arbitrium conditionem contractus contulerint contrahẽtes, ut quantum ille arbitratus fuerit, tantùm præſtetur, quæritur, ſi is arbitretur, ſed iniquum, utrum hoc arbitrium ejus reformandum & ad boni viri arbitrium redigendum ſit, ſic ut tantùm præſtetur, quantum vir bonus & æquus arbitraturus fuiſſet? Negativam tenent Franciſcus Hotomannus 5. *obſ.* 21 Pacius 5. *antin.* 3. Cujac. *ad d. l.* 43. *ff. de V. oblig.* maximè ſi de ſtrictis judiciis quæratur.

1. Quia *in l.* 24. *ff. locati* Gajus JCtus hoc diſertè confirmare videtur. *Si merces promiſſa ſit, generaliter alieno arbitrio, locatio & condu-*

conductio contrahi non videtur. Sin autem quanti Titius æſtimaverit, ſub hac conditione ſtare locationem, ut ſi quidem ipſe, qui nominatus eſt, mercedem definierit, omnimodo ſecundùm ejus æſtimationem & mercedem perſolvi oporteat, & conductionem ad effectum pervenire: Sin autem ille vel noluerit, vel non potuerit mercedem definire, tunc pro nihilo eſſe conductionem, quaſi nullâ mercede ſtatuta.

2. In *l.* 78. *ff. pro ſocio* ait JCtus in noſtro caſu, quo arbiter iniquum fuerit arbitratus, boni viri arbitrium ſequendum, quia contractus ſocietatis ſit bonæ fidei unde colligitur in ſtricti juris contractibus aliud dicendum.

3. Et Juſtinianus *in l. fin. C. de contrah. empt: Super rebus*, ait, *venundandis, ſi quis rem ita comparaverit, ut res vendita eſſet, quanti Titius æſtimaverit, magna dubitatio exorta eſt multis antiquæ prudentiæ cultoribus, quam decedentes ſancimus, cum hujusmodi conventio procedat, quanti ille æſtimaverit, ſub hac conditione ſtare venditionem: Ut ſi quidem ipſe, qui nominatus eſt, precium definierit; omnimodo ſecundum ejus æſtimationem & precia perſolvi, & venditionem ad effectum pervenire.*

4. Idemque Juſtinianus *in* §. 1. *I. de contrahend. empt. Sed noſtra deciſio* (*in d. l. fin. C.* de

de contrah. empt) ita hoc conſtituit, ut quoties ſic compoſita ſit venditio, quanti ille æſtimaverit, ſub hac conditione ſtaret contractus: Ut ſi quidem ille, qui nominatus eſt, precium definierit, tunc omnimodo ſecundùm ejus æſtimationem & precium perſolvatur & res tradatur & venditio ad effectum perducatur: Emptore quidem ex empto actione, venditore ex vendito agente;

5. Subſcribit his & Ulpian. *in l. 27. §. 2. ff. de recept.* ubi ſic ſcribit: *Stari autem debet ſententiæ arbitri, quam de re dixerit, ſive æqua, ſive iniqua ſit: Et ſibi imputet, qui compromiſit: Nam & Divi Pii reſcripto adjicitur, vel minus probabilem ſententiam æquo animo ferre debet.* Quare ex hiſce juris teſtimoniis liquidò conſtare videtur, arbitrio ejus, qui iniquum etiam dari arbitratus eſt, præciſè ſtandum, nec illud ad boni viri arbitrium redigendum.

6. His accedit & ratio juris, ut videtur, ſatis perſpicua, quod nempe conſenſu & conventione contrahentium certa ſit electa perſona, cujus arbitratu debeatur, eaque ſit conditio contractus, ut fiat ſeu præſtetur, quod ea arbitrata fuerit, quæ conditio exiſtit, ſi perſona iſta arbitrium interpoſuerit: Atqui conditione contractus exiſtente omninò debetur, quod ſub illa conditione promiſſum fuit.

Adde

7. Adde & hanc, quod Titio non arbitrante, non intelligatur arbitrium boni viri, & ideò contractus non procedat, *l. fin. C. de contrahend empt.* Igitur cum hoc caſu perſona Titii præcisè comprehenſa ſit, nec ab ea recedatur, etiam hoc noſtro caſu, Titii & non boni viri, perſona intelligatur comprehenſa.

Verùm his non obſtantibus, contrariam opinionem veriorem judicant. Franc. Duaren. & Hugo Donell. *in l. 43 ff. de V. O.* quibus & ego haut invitus ſubſcribo.

1. Quia *in l. 76. ff. pro ſocio*, ita Proculus: *Exiſtimo melius te quæſiturum fuiſſe utrum ex his partibus ſocii eſſemus, quas is conſtituiſſet, an ex his, quas virum bonum conſtituere oportuiſſet: Arbitrorum enim genera ſunt duo. Unum ejusmodi, ut ſive æquum ſit, ſive iniquũ, parere debeamus. Quod obſervatur, cum ex cõpromiſſo ad arbitrum itum eſt. Alterum ejusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etſi nominatim perſona ſit comprehenſa, cujus arbitratu fiat.*

2. In *l. 24. pr. ff. loc.* Paulus ſcribit: *Si in lege locationis comprehenſum ſit, ut arbitratu domini opus adprobetur, perinde habetur, ac ſi viri boni arbitriũ cóprehenſum fuiſſet. Idemq; ſervetur ſi alteri9 cuj9libet arbitriũ cõprehenſum, ſed fides bona exigit, ut arbitriũ tale præſtetur,* quale

quale viro bono convenit. Idq; arbitrium ad qualitatem operis, non prorogandum tempus, quod lege finitum ſit.

3. In *l.30.ff.de oper libert.* ait Celſus: *Si libertus ita juraverit, dare ſe quot operas patronus arbitratus ſit, non aliter ratum fore arbitrium patroni, quam ſi æquum arbitratus ſit. Et ferè ea mens eſt perſonam arbitrio ſubſtituentium, ut, quia ſperent eum rectè arbitraturum, id faciant, non quia vel immodicè obligari velint.*

Solutio contrariorum.

Non adverſantur huic ſententiæ, quæ ſupra pro priori opinione adducta fuerunt.

Ad primum enim *tertium & quartum* reſpondet Donellus in emptione-venditione & locatione conductione, idcircò præcisè ſtandum eſſe arbitrio arbitri, nec illud ad boni viri arbitrium redigi & reduci poſſe, quia jure permiſſum ſit contrahentibus in hiſce contractibus invicẽ ſe circumvenire, *l. 16. ff. de minor. & l. 22. ff. locati*; ac proinde Titius, etſi iniquum arbitratus fuerit, arbitrium tamen ejus non redigatur ad viri boni arbitrium; Sic tamen, ut ſi dimidium juſti precii excedat arbitrium, locus tunc ſit remedio *l. 2. C. de reſcind. vendit.* In aliis autem contracti-

bus

bus, in quibus non æquè permiſſa ſit circumventio, aliud dicendum eſſe, quod ſcilicet arbitrium iniquum corrigatur & ad boni viri arbitrium redigatur.

Verùm hanc reſponſionem dilucidè refellit, *l. 24. pr. ff Locati* in qua claris ac perſpicuis verbis Paulus docet, etiam in locatione arbitrum iniquum emendari & ad boni viri arbitrium reduci.

Quocirca rectius ſic reſponderi exiſtimo; arbitrio arbitri, à contrahentibus electi, ſtandum eſſe omnimodò, ſi æquũ ſit & arbitrio boni viri conſentaneum: Sic enim *in d l. 30. ff de operis libert.* Celſus ſcribit, *eam mentem eſſe perſonam arbitrio ſubſtituentium, quod ſperent eum rectè arbitraturum, non quia immodicè obligari velint.*

Ad ſecundum; ex *l. 78. ff pro ſocio* petitum reſpondetur in ea *l. 78.* non ſimpliciter affirmari arbitrium boni viri ſequendum eſſe in contractu ſocietatis, quia ſit bonæ fidei; ſed ideò *magis* ſequendum, quia ſit bonæ fidei: Non igitur hoc vult JCtus, quod in ſtricti juris contractibus arbitrium honi viri nõ ſit ſequendum, ſed quod magis in bonæ fidei judiciis, (ut in quibus bona fides maximè ſpectetur, *l. 5. C. de reſc. vend.*) ac fortiori ratione, arbitrium ſit moderandum ac corrigendum.

Ad

Ad quintum reſp. in *l. 27. §. 2. ff. de Recept. qui arbitr.* agi de arbitrio arbitri compromiſſarii, cujus arbitrium non redigitur ad arbitrium boni viri, quia hoc animo acceditur ad arbitrum compromiſſarium, ut is ſuâ ſententia finem cõtroverſiæ imponat, & ut à controverſia diſcedatur: Jam verò, ſi permitteretur alterutri litigantium, arbitrium iniquum dicere, nũquam finis imponeretur controverſiis.

Et hoc eſt, quod Proculus *in d. l. 76. ff. pro ſocio* ſcribit; arbitrorum eſſe duo genera: Unum ejuſmodi, ut ſive æquum, ſive iniquum fuerit, ei parendum ſit; Idq; tunc obtineat, quando ad arbitrum itum eſt; Alterum verò ejuſmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat; etſi nominatim perſona ſit cõprehẽſa, cuj9 arbitratu fiat.

Ad ſextum ℞. Quando in arbitrium certæ alicujus perſonæ conditio contractus confertur, non ſimpliciter eligi perſonã Titii, ſed tanquam boni viri, qui æquum ſit arbitraturus, *d. l. 30. de oper. libert. d. l. 76. in fine, ff pro ſocio*, proinde conditionem contractus non extitiſſe, ſi ille aliter fuerit arbitratus, quã vir bonus arbitraretur.

Ad ſeptimum & ultimum reſp. argumentum à diſparibus procedere ac proinde nihil concludere: Nam, Titio nihil arbitrante, actum hoc eſt, ne obligatio con-

Digitized by Google

trahatur; Titio autem arbitrante, actum eſt, ut valeat ſtipulatio, ſed ad boni viri arbitrium redigatur: Utrumq; vero eandem habet rationem: Hanc videlicet, quod hæc ſit contrahentium cogitatio & voluntas, ne reus vel promiſſor immodicè obligetur: Eo autem non arbitrante, ſi boni viri arbitrium non accipitur, planè non obligatur: Eo vero arbitrante, ſi boni viri arbitrium adhibemus, non obligatur immodicè *d.l,30.*

QUÆSTIO IX.

Sius in cujus arbitrium contractus eſt collatus non arbitretur, an contractus corruat; maximè ſi bonæ ſit fidei?

PRæcedenti controverſiæ proxima hæc eſt, utrum contractus, præſertim bonæ fidei, corruat, ſi is, in cujus arbitrium cõditio contractus collata eſt, non arbitretur? Equidem Jacobus Cujacius *in l.43.de V.Obl.* ſtatuit in hoc caſu bonæ fidei contractum non protenus eſſe nullum, etiamſi is, qui electus eſt, non fuerit arbitratus; ſed arbitrium illud cenſeri electum, quod boni viri eſt.

1. Pro qua ſententia facit, quod Ulpia. ſcribit *in l.22 §.1.ff.de R.I. Generaliter probãdum eſſe, ubicunq; in bonæ fidei judiciis cõfertur in arbitriũ domini vel procuratoris ejus cõditio, pro boni viri arbitrio hoc habendum eſſe.*

2. In *l. 3. C. de dot. promiſſ.* Gordianus ſcribit: *Si is cujus arbitrium electum eſt, non fuerit arbitratus, contractum non eſſe nullum, ſed boni viri arbitrium inſertum intelligi.*

3. Idem confirmat quoque *l. 7. ff. de contrah. empt.* in qua idem Ulpianus; *ſi is, qui arbitrari debuit, nec arbitratus fuerit, boni viri potius, quam illius arbitrium electum cenſeri, ac proinde contractum ſubſiſtere & conditionem emptionis pro completa haberi, ſicut exinde judicio empti agi poſſit.*

4. Eodemque facere videtur, quod in *l. 78. ff. pro ſocio* dicitur; *Arbitratum boni viri in contractu bonæ fidei ſequendum, cui conſequens videtur & hîc perſonam Titii non, ut Titii, ſed ut boni viri electum eſſe.*

5. In *l. 1. ff. de legat. 2.* Ulpianus: *Sed cùm ita legatum ſit pupillo, ſive pupillæ, arbitrio tutorum, neq; conditio ineſt legato, neq; mora, cum placeat in teſtamentis legatum in alterius arbitrium collatum pro viri boni arbitrio accipi. Quæ enim mora eſt in boni viri arbitrio, quod injectum legato, velut certam quantitatem exprimit, pro viribus ſcilicet patrimonii.* Idem quoque *in l. 6. ff. de cond. & demonſtrat.* Pomponius tradit.

Contrariam ſententiam defendunt Donellus, Duaren. & Giphan. *in l. 43. de V. obligat.* Pet. Fab. *in l. 22. de R. Iur.* Hotoman.

5. obſerv.

5.*obſervat.21.* Gœdd. *de contrah. ſtipulat.c.8. n.171.& ſeq.* his moti fundamentis.

1. Quia Juſtinianus Imperator *in* §. 1. *I.de contrah. empt.* expreſsè ſancit, ut ſi ille, qui arbiter nominatus eſt, vel noluerit, vel non potuerit precium definire, tunc pro nihilo ſit venditio, quaſi nullo precio ſtatuto.

2. Id, quod idem Imperator *in l.fin. C. de contrahend. empt. totidem* verbis inculcat *in verſic. Sin autem vel ipſe.*

3. Idem probat, *l.75. ff. pro ſocio,* ubi ita Celſus: *Si coita ſit ſocietas ex his partibus quas Titius arbitratus fuerit ſi Titius, antequam arbitraretur, deceſſerit: Nihil agitur. Nam id ipſum actum eſt, ne aliter ſit ſocietas, quàm ut Titius arbitratus ſit.*

4. Quin & Gajus *in l.25.pr. ff loc.* confirmat: *Sin autem, inquiens, ille vel noluerit, vel non potuerit mercedem definire, tunc pro nihilo eſſe conductionem, quaſi nulla mercede conſtituta.*

5. His ſubſcribunt quoque Ulpianus *in l.43.* & Paulus *in l.ſeq. 44. ff. de V. Obligat.* ubi in hæc verba ſcribunt: *Quid ergo ſi ipſe, qui arbitrari debuit, moram fecerit, magis probandum eſt, à perſona non eſſe recedendum ejus, cujus arbitrium inſertum eſt: Et ideò ſi omninò non arbitretur, nihil valet ſtipulatio;*

adeò ut & ſi pœna adjecta ſit, ne ipſa quidem committatur.

Solutio contrariorum.

His non adverſantur prioris opinionis fundamenta: Nam *in l. 22. § 1. de R. Iur. l. 7. de contrah. empt. l. 3. C. de dot. promiſſ.* conditio contractus in ipſorum contrahentium voluntatem & arbitrium eſſe collata non autem in voluntatem & arbitrium extranei: Hoc autem caſu, quo in cõtrahentis arbitrium contractus confertur, ſi is non arbitretur, perinde habetur ac ſi arbitratus eſſet & conditio accidiſſet: quia per ipſum ſtat, quominus conditio contractus exiſtat: At quotiens contrahens impedimento eſt, quo minus cõditio exiſtere poſſit, perinde habetur, ac ſi extitiſſet, *l. 85. §. fin. ff. de V. obligat. l. 24. ff. de condit. & dem.*

Ad quartum reſpondeo, quod in *d. l. 78.* dicitur, arbitrium boni viri in contractu bonæ fidei ſequendum, id hoc modo accipiendum, ſi etiam is, cujus arbitrium electum eſt, arbitratus fuerit; de quo etiam caſu apertè *d. l. 78.* loquitur, ſecus verò rem ſeſe habere, ſi arbitratus non ſit & conditio defecerit: Et ſanè hæc reſponſio rationi ipſi & juris principiis exactè convenit:

venit: Nam quotiens deficit conditio contractus, toties etiam ipſe contractus deficit: Jam verò ſi Titius, cujus arbitrium electum eſt, non arbitretur, conditio contractus deficit, igitur ipſum quoque contractum deficere & retrò nullum eſſe dicendum eſt.

Ad poſtremum reſpondetur: Diverſam eſſe rationem, quoad præſens negocium ultimarum voluntatum & contractuum: Nam in contractibus, in quibus de uno obligando agitur, hæc debitoris mens eſſe creditur, ut ultra quàm verba contractus ſonant, nolit obligari: Nemo autem ſuum jactare præſumatur: Teſtator verò aliter affectus cenſeatur, cùm legando liberalitatem exerceat in eum, ad quem cupiat beneficium ſuum pervenire, & id ſtatuit, poſt quod aliud velle non poteſt: Ideò credibile ſit, cupere eum, non ſolùm, ut voluntas ſua quacunque ratione exitum habeat; ſed etiam, ut legatum quàm pleniſſimè accipiatur.

Caput VII.

De Variis pactorum effectis.

Quæstio I.

An pactum nudum pariat obligationem naturalem, an verò duntaxat exceptionem?

PActum duplex eſt, unum de petendo, quod & promiſſorium appellant, Alterum de non-petendo: Hoc poſterius non parere obligationem, ſed exceptionem plus quam manifeſtum eſt; ſiquidem hoc pacto non id agitur, ut alter alteri obligetur, ſed ne alter ab altero id, quod debetur, petat. Sed de pacto nudo promiſſorio, an obligationem producat, quæſtio eſt? Et quidem de civili obligatione, quòd ex pacto nudo non naſcatur, res expedita eſt, cum enim pactum nudum nudâ & ſolâ æquitate naturali nitatur, *l.1.ff. de pact.* par eſt, ut civilem obligationem non pariat: Verùm de naturali ambigitur obligatione, anne vel hanc producat nudum pactum. Equidem Franciſc. Connan.*lib.5.comm.1* Hubert.Giphan.*ad rubr. tit.ff.de O.& Act.* negant ac pernegant obligationem naturalem ex nuda conventione oriri. Moventur autem inprimis, *l. 7.§.4.ff. de pact.* ubi Ulpianus, *Cum nulla ſubeſt*

ſubeſt cauſa propter conventionem hîc conſtat non poſſe conſtitui obligationem : Igitur nuda pactio obligationem non parit , ſed exceptionem.

2. Quia cum pactum non habet ſynallagma , quia ſi non impletur nihil fraudis affert ei cui factum eſt , ideò promittenti non affert neceſſitatem , ſed liberum illi relinquitur à pacto reſilire: Tam enim videtur eſſe in culpa , qui temerè, nulla de cauſa pollicenti credidit, quàm ille ipſe, qui vanitatem adhibuit promiſſionis.

3. Adhæc cum hujusmodi nudæ pactiones ab oſtentatione potius , quàm à voluntate proficiſcantur plerumque; aut ut non ſimulate ; ſed bona fide fiant , leviter tamen & parum conſiderate jactetur; magnum fortunis omnium immineret periculum; ſi quocunq; dicto aut promiſſo teneretur homines.

4. Quin & perquam juſtum eſt aliquid honeſtati cujusq; & liberalitate relinquere; non omnia ad neceſſitatem obligationis revocare & exigere: Augetur ſiquidem probitatis in nobis & conſtantiæ ſtudium ubi virtutes iſtæ elucere poſſunt , quod fieri vix poſſet , ſi promiſſa omnia omnes facere cogerentur ; quod enim diſcrimen eſſet inter ingenuos & verſutos, inter con-

ſtantes & leves, bonos & callidos? Nunc præſtare, quod ſemel pollicitus ſis, aut alio quovis modo oſtendiſti te facturum eſſe, præclarum & glorioſum eſt, ſed eo tamen glorioſius quominus neceſſarium: Nec unquam aliter conſtitutum videtur, etiam primo illo jure naturæ, quod gentium appellatur, quo jure non verborum, ſed factorum ponderibus æquitas examinabatur.

5. Æquum quidem eſt neminem fallere inanibus promiſſis, ſed ſi illis carere poſſis ſine fraude tua, ego vero facere nō poſſim ſine meo magno damno, uter noſtrum eſt iniquior, ego, qui præſtare nolo, quod tibi profuturum eſt; an tu, qui exigis, quod mihi eſt nociturum? Nec promiſſa igitur ſervanda ſunt ea, quæ ſunt iis, quibus promiſeris inutilia: Nec ſi plus tibi noceant, quàm illi proſint, cui promiſeris, ut docet Cicero *lib. 1. offic.* Quare ſi promiſerim tibi 100. cum nulla eſſet cauſa, cur promitterem, & plus damni facturus ſim in dando, quàm tu in accipiendo commodi, quæ tandem erit iniquitas, ſi non dederim? Sanè nulla; ſed tu improbè facis, ſi me velis cogere. Quod ſi poſſum ea præſtare nullo meo detrimento & tu fortaſſis iis indigeas, laudabi-

le-

le erit ſtare conventis, non tam quia promiſi, quàm quia indiges, quod etſi non promiſiſſem, erat tamen viri boni & juſti indigentiæ tuæ ſubvenire.

Ab hac vero ſententia communiter Dd. diſſentiunt, ſtatuentes ex pacto naturalem obligationem, quæ & eo jure ſit efficax naſci, licèt inde civilis obligatio non oriatur Anton. Fab. *in Ration. ad L. 7. §. 4. ff. de pact. & ibid.* Cujac. Franc. Hotomann. Weſenbec. *in paratit l. de pact. n. 9.* Henric. Bocer. *in l. 23. de R. Iur. c. 1. n. 18. & ſequent.*

1. Per textum expreſſum *in l. 5. §. 2. ff. de ſolut.* ubi dicitur uſuras ex pacto naturaliter deberi: At ubi naturale debitum ibi quoque obligatio naturalis, cum poſito effectu neceſſum ſit cauſam poni, aut eam præceſſiſſe. Quod ſi itaque hoc procedit in pacto uſurario, quod tamen aliàs minus favorabile eſt, multo magis procedet aliis in pactis favorabilioribus.

2. In *l. 1. ff. de pact.* ait Ulpianus congruum eſſe humanæ fidei, hoc eſt juri gentium, ſeu juri naturæ pacta ſervari: Et *in l. 7. § ait prætor ff. de pact.* pollicetur prætor ſe pacta ſervaturum, Itemque in *l. 29. C. de pact.* ait Juſtinianus pacta conventa, quæ neque contra leges, neque dolo

malo inita ſunt omnimodò obſervanda ſunt. Et *in l. 7. C. eod.* Pacti conventionisq; fides ſervanda. Quod ſi itaque pacta ſervanda ſunt jure gentium, conſequens eſt ea quoque eodem jure efficacia eſſe ad naturalem obligationem producendam.

3. Ex pacto quod ſolvitur repeti non poteſt, *l 21. C. de pact. l. 59. §. fin. ff. ad Treb. l. inter 26. § filia, ff. de pact. dot.* Sequitur proinde illud naturaliter deberi: Nam ubi nec naturalis ſubeſt obligatio, ibi datur ejus, quod ſolutum eſt, repetitio. Et hæc ſententia mihi quoque verior videtur.

Solutio contrariorum.

Non obſtat his primò argumentum ex *d. l. 7. §. 2. petitum*: Nam quod ibi dicitur *pactum nudum obligationem non parere*, id de civili obligatione, ad producendam actionem efficaci, proculdubio accipiendum. Non ſolùm, quia *in d. l. 5. §. 2. ff. de ſolut.* aperte dicitur ex pacto naturalem obligationem naſci, ſed etiam, quia *in d. l. 7. §. 4.* quæſtio erat de obligatione civili: Quærebatur enim ab initio illius l. ex quibus conventionibus ſeu pactis obligatio civilis naſcatur? Et reſpondet ad hanc quæſtionem Ulpianus per diſtinctionem: Aut pactum nomen habet proprium

prium, aut cauſam vel ſynallagma, aut ab utroque eſt nudum: Si nomen habet proprium vel, eo deficiente, ſynallagma, obligationem parit civilem *d l 7.§.1 & 2.* Sin neque nomen habet proprium, neque ſynallagma, ſed nudum eſt, obligationem (ſcilicet civilem) non parit: Ut taceam, quod in dubio nomine *obligationis* civilis obligatio, tanquam potior, præſtantior & efficacior intelligatur.

Ad ſecundum ℞. manifeſtè peti principium, dum illud principii loco præſupponitur, quod in quæſtione eſt, quod nempe is nulla neceſſitate adſtringatur, ſed liberè poſſit reſilire à pacto convento, qui ſine cauſa quippiā promiſerit; refragatur quippe æquitas & ratio naturalis, quæ pacta ſervari jubent, *l.1. ff. de pact. l.1. ff. de conſtit. pecunia.* Refragatur etiam regula juris, quod ea, quæ ab initio ſunt voluntatis, ex poſt facto fiant neceſſitatis, *l. ſicut, C. de O. & Act.* Et quid obſecro de donatione dicemus; quæ & ipſa fit nuda conventione, *§. Alia, I. de donat. l. ſi quis argentum, C. eod. tit.* Et tamen pœnitentiam non admittit.

Ad tertium reſp. Pacta nuda utriusque paciſcentis voluntate perfici & abſolvi, nec præſumi promittentem luſiſſe aut o-

ſtentationis gratia, quid promiſiſſe, ſed potius rem ſeriò egiſſe. Et licet fortaſſis aliter ſenſerit promiſſor, tamen in dubio adverſus illum interpretationem fieri oportere *l. 39. ff. de pact.* Nec ſanè eſt, quod ſibi fortunisque ſuis damnum inferri poſt conqueratur: ſibi enim imputet, quod gratis & ſine cauſa quippiam promiſerit, cum cogitare potuerit, imò debuerit, ex pacto & promiſſione ſe iri obſtrictum, nec amplius pœnitere poſſe.

Ad quartum ℞. Illud apertiſſimè refragari ſententiæ Ulpiani *in l. 1. pr. ff. de pact.* ubi dicitur nihil tam congruum eſſe fidei humanæ, quàm ea, quæ placuerunt ſervari, & contrà grave eſſe fidem fallere *l. 1. pr. de conſtituta pecunia* quomodo itaque probitatis & conſtantiæ ſtudium in nobis augeretur, ſi fidem fallere permitteretur? Quin potius inconſtantiæ & improbitati feneſtra aperiretur, ſi contra æquitatem naturalem ab eo, quod ſemel placuit, impunè recedere concederetur.

Ad quintum ℞. Nihil penitus iniquitatis ei imputari poſſe, qui ex pacto id, quod ſibi promiſſum eſt, exigit, quamvis fortaſſis alteri futurum ſit detrimentoſum; non ſolùm, quia, ut modò dictum, æquita-

quitati per omnia, congruit pacta ſervari & fidem datam non violari; ſed etiam de ſe quæri debet, qui promiſit, quod ſine damno ſuo ſuarumque rerum diſpendio præſtare non poteſt.

QUÆSTIO II.

An ex pacto nudo actio naſcatur?

CUM igitur conſtet ex pacto naturalem naſci obligationem; quæritur porrò utrum exinde actio oriatur civilis? Equidem vera & communiſſima opinio eſt, neque ex pacto, neque ex obligatione naturali actionem naſci; Vaconius à Vacuna *lib. 1. declarat. 23*. Anton. Fabr. *in l. 7. §. 5. de pact.* Matth. Weſenbec. *in paratit. l. de pact. n. 9.* Henric. Bocer. *d. c. 1. n. 18*. Hoc quippe innumeris in locis juris noſtri civilis clarè expreſſum eſt. Ulpianus *in l. 7. §. quinimo, 5. ff. de pact.* aliquoties ſcribit ex pacto actionem non naſci & *in l. 10. & 13. C. de pact.* ut & *in l. 1. C. de pact. convent.* tam ſuper dot. idem confirmat Juſtinianus. Idemque ſtatuit Hermogenianus *in l. diviſionis, 45. ff. de pact.*

Cui non obſtat. 1. Quod prætor polli-cetur ſe pacta ſervaturum *in l. 7. §. 7 ff. de pact.* Unde colligunt prætorem ex pactis actionem dare: reſp. Nam edictum prætoris *pacta ſervabo*, ita exaudiendum; non quaſi ex pacto quovis, etiam nudo actionem det; ſed quod pactum ſervet aliàs actionem, aliàs exceptionem exinde dando; Actionem quidem ſi non ſit nudum *d. l. 16. C de pact.* Exceptionem verò ſi nudum ſit *d l. 7. §. 4 de pact.*

Non adverſatur ſecundo *L. 10. ff. de obligat. & Act. & l. 16 §. 4. ff. de fidejuſſ.* Nam illîc Paulus & Julianus; *Naturales*, inquiunt, *obligationes non eo ſolo æſtimantur ſi actio aliqua earum nomine competit; verumetiam ſi ſoluta pecunia repeti non poſſit.* quibus verbis duas notas, ſeu potius effectus, naturalis obligationis exprimunt, ſi actionem pariat, deinde ſi ſoluti repetitionem impediat.

Variè etenim reſpondetur ad hoſce textus. Vaconius à Vacuna in loco ſupra allegato reſpondet, ſi antiquiſſimum ſpectetur tempus, quo ſolo jure naturæ uſi fuerint homines, necdum jusgentium fuerit inventum obligationes naturales non parere actionem; ſin ad hoc præſens tempus, quo jure gentium utimur, tum natu-

naturalis obligatio pariat actionem.

Sed hæc reſponſio non ſolùm divinatoria; ſed etiam falſiſſima eſt, quia plus ſatis conſtat jure Romano civili obligationem naturalem non parere actionem regulariter *arg. §. 1. I. de O. & Act. & l. 7. §. 2. ff. de pact.* Deinde ex hac reſponſione ſequeretur, eandem vim eundemque effectum eſſe obligationis naturalis & civilis.

Henricus Bocerus *in l. 23. c. 1. n. 5.* & alii, qui ipſum ſequuntur, diſtinguunt inter obligationem merè naturalem & obligationem naturalem jure civili approbatam, quæ ex contractibus jurisgentium naſcitur, ut de hac poſteriori intelligantur ſupra adductæ leges: Non verò de merè naturali. Sed hæc reſponſio diſplicet Fr. Hotomanno *3. obſ. 2.* quia non ſolùm à latina Ulpiani oratione magnopere abhorreat, ſed etiam à bipartita diſtributione obligationis *in d. l. 16. §. 2. ff. de fidejuſſ.* aliena ſit.

Ipſe proinde Hotomannus textum emendat & pro *competit* legit *NON competit.* Ut ſenſus ſit obligationem naturalẽ, non ſolùm exinde agnoſci, ſi nulla actio ipſius nomine competat; ſed etiam ſi ſolutum repeti non poſſit. Quæ interpretatio & divinatoria eſt & dura.

Alii proinde dicunt *in d.l. 10. & d. l. 16.* duas notas diſcernendarum obligationum naturalium à civilibus tradi, 1. *Si cõpetat actio*, & tum ſit civilis. 2. *Si ſoluti retentio*, tum ſit naturalis.

Sed huic ſolutioni verba textus expreſsè refragantur, utraq; enim lex de actione loquitur, quæ nomine naturalium obligationum competat, ut clare evincunt verba *ſi earum nomine.*

Veriorem itaque judico ſententiam Giphanii, qui *in explicat d.l. 10.* ſtatuit; Ex obligatione naturali regulariter non naſci actionem, ut probat ſufficienter, *l. 95. §. 4. ff. de ſolut.* ubi dicitur, naturalem obligationem ſolo æquitatis vinculo ſuſtineri; Et diſertis verbis JCtus ſcribit *in l. 1. §. 17. ff. ad L. Falcid.* Id quod naturâ hereditati debetur & peti quidem non poteſt, ſolutum verò non repetitur. Certis tamen quibusdam caſibus ſingulari jure etiam ex naturali obligatione actionem naſci & ad hoſce referendos eſſe prædictos textus unus caſus eſt *in l. 5. ff. de auctor. tut.* ubi ex naturali obligatione, qua pupillus ſine tutore contrahens & locupletior factus, obligatur, actio datur. Eodem quoque pertinet actio, quæ ſervo adverſus dominum, & vice verſa domino adverſus ſervum

vum quibusdam caſibus datur: Hæc enim, cùm non poſſit eſſe civilis, quandoquidem ſervus nullam habet juris civilis communionem *l 32. ff. de R. Iur.* relinquitur, ut naturalis ſit.

Sed adhuc videri poſſet alicui ex naturali obligatione actionem naſci, quia *in l. cum amplius, 84. ff. de Regul. Iur.* Paulus ait: Is natura debet, quem juregentium dare oportet; Hinc enim relucere videtur, eum, qui naturali tenetur obligatione cogi poſſe ad dandum & ſolvendum.

℞. Veruntamen Anton. Govean. in *comm. ad l. 1. §. 17. ff. ad L. Falcid.* hunc textum de obligatione naturali civili, ſeu de mixta obligatione, quæ ex contractibus jurisgentium naſcitur, & jurisgentium dicitur in l. Ex hoc jure, ff. de Juſtic. & Jure vult intellectum.

Ego vero de naturali mera ſive pura obligatione prædictam Legem intelligendam puto: Nam & hæc neceſſitatis vinculum promiſſori injicit, quamvis non tam forte illud ſit, atque vinculum civilis obligationis, nec ad actionem producendam ſatis ſit validum, *d. l. 95. §. 4. de ſolut.* juncta *l. 1. §. 17. ff. ad L. Falcid.*

Fa

Et hæc ita jure noſtro civili; Conſuetudine hodierna contrarium eſſe receptum plærorumque eſt opinio, ſic ut ex pacto, etiam nudo, ac nuda promiſſione, actio competat; ſed multi adhuc contradicunt atque hanc conſuetudinem in dubium revocant, de quibus videri poteſt Petr. Gilcken: *in l. 13 n. 1. & ſeq. C. de pact.*

QUÆSTIO III.

An de jure Canonico ex nudo pacto actio naſcatur?

DE jure Canonico gravior & difficilior eſt quæſtio, anne pactum nudum ad actionem producendam confirmetur? Affirmãt haut ignobiles Canoniſtæ & JCti: Didacus Covarruv. *in relect. capit. quamvis parte, 2. §. 4. n. 24.* Sneidewin *in rubr. n. 7. I. de obligat. quæ re contrah.* Matth. Weſebec. *in paratit. l. de pact. n. 9.* Innocent. Gofred. Hoſtienſis *in c. 1.* ubi & Gloſſa *extr. de pact.* Paulus Caſtrenſis Alex. Jaſon. *in l. 7. §. 4. ff. de pact.* Petr. Gregor. Tholoz. *in ſyntag. jur. Canon. lib. 3. tit. 1. c. ult.* Borchol: *de pact. c. ult. n. ult.* Sichard. *in rubr. C. de pact.*

1. Quia *in cap. 1. extr. de pact.* ſtatuitur apertè pacta ſervanda eſſe. At verbum, quo jubemur aliquid ſervare, ſi lege proferatur, ad actionem proficit *l. 41. ff. de acq. rer. dom.*

2. Quia

2. Quia *in cap. qualiter, 3. extr. eod. tit.* jubemur ſtudioſè anniti, ut quæ inter contrahentes placuerunt opere compleantur.

3. Quia jus Canonicum evitat peccatum & peccandi occaſionem amovet, *cap. fin. de conſuetudine.* Pactum autem nudum non ſervatum inducit peccatum, quippe cum grave ſit fidem fallere, *l. 1. ff. de conſtit. pecun.*

4. Deus inter ſimplicem loquelam & aliam non diſtinguit; Et conſequenter ex omni conventione actionem concedit.

5. Obligatio naturalis, confirmata lege, producit actionem, *l. Legitima, 6. ff. de pact.* Sed obligatio ex nudo pacto, quæ naturalis eſt, *l. 5. § 4 ff. de ſolut.* confirmatur jure Canonico *d. c. 1. & c. 2. extr. de pact.* Ergo obligatio ex pacto jure Canonico parit actionem.

6. Jus Canonicum ſequitur æquitatem *c. dilectæ extr. de judic.* Atqui æquitas decernit, ut talia promiſſa præſtentur, *l. 1. ff. de pact.*

7. Pactum nudum animo donandi conceptum videtur, *l. Campanus, ff. de oper. libert.* Atqui donatio actionem parit. *l. ſi quis argentum, C. de donat.*

Cæte-

Digitized by Google

Cæterum ab hac ſententia diſcedunt & jure Canonico nihil, quoad præſens negocium, mutatum contendũt doctiſſimi quique juris civilis Interpp. Alciat. *lib. 5. paradox. 3.* Angelus Aretin. *in §. In perſonam n. 21. I. de act.* Henric. Bocer *in d. com. ad L. 23. n. 69. de R. I.* Andr. Fachin. *2. contr. 10.* Forcat. *Necyom. dial. 69. n. 5.* Canon. *5. com. 3. n. 6.* Pro cujus confirmatione hæc ratio facere videtur, quod quotiens jus Canonicum à jure civili non aperte diſſentit, non eſt diſcrimen aliquod inter utrumque conſtituendum, *arg. c. 1. de oper. Novi nunc.* ubi ſignificatur Canones ſacros non dedignari ſequi jus civile ſeu leges ſeculares, & aliàs, cum jus Canonicum derogat juri civili ſolet hoc vel expreſsè ſignificare, vel aliquo ſaltem modo innuere, *arg. c. quamvis de pact. in ſext. C. dilecti de judic.* Atqui nullibi in toto jure Canonico indicatur jus Canonicum à jure civili, quoad præſentem quæſtionem, diſſidere, ut ex illis, quæ mox dicentur, clarius patebit.

Solutio contrariorum.

Ad primum & ſecundum contrariæ opinionis argumentum reſpondeo non ſequi

qui *pacta ſervanda ſunt. Ergo ex illis actio naſcitur*: Nam & jure civili pacta ſervari jubentur, *l. 29. C. de pact. l. 7. eod. l. ſi quis in conſcribendo, C. de Epiſc. & cleric. l. 1. ff. de pact. l. 7. §. ait: prætor. eod.* Et tamen, quod ex pacto jure civili actio non naſcatur, certi & indubitati eſt juris. Quapropter quod dicitur pacta ſervanda eſſe, hoc ſecundùm naturam à legibus præſcriptam intelligendum, ſic ut quædam pacta per actionem ſerventur, quædam per exceptionem. Nec contrarium evincit verbum *conventus in d. c. 1.* non enim exaudiendum eſt de conventione, quæ fit judicialiter per viam & modum actionis: Siquidem ibi pœna non ſervantis pacti fidem conſtituitur Eccleſiaſtica diſciplina, hoc eſt, excommunicatio, cum tamen actione intentatâ & re judicata contra contumacem parata ſit, vel actio judicati, vel exceptio rei judicatæ, vel executio ſententiæ extraordinariæ.

Ad tertium idem, quod ad præcedentia, reſpondendum: Jus enim Canonicum, ut civile, ſervare jubet pacta conventa, verùm non mediante actione, ſed exceptione ſolùm.

Ad

Digitized by Google

Ad quartum reſp. pactum nudum æquè ſervandum eſſe, atque pactum veſtitum, ſed non eodem modo, nec per idem remedium. Et ſanè ſimplicem loquelam à juramento differre mille locis evincitur; *l. 1. & Authent. Sacramenta, C ſi adverſus vendit. C. Reſcripto, cap. querelam. C. debitores C. ad noſtram, C. cum contingat. extr. de jurejurando.*

Ad quintum reſp. pactum lege expreſsè ad hoc confirmatum, ut actionem producat, parere actionem, & eſſe legitimum *l. 6. ff. de pact.* non vero quodvis pactum de quo lege aliqua ſcriptum eſt: Alioquin ſequeretur hinc omne pactum, de jure civili eſſe nudum; cum jubeatur Imperatorum conſtitutionibus obſervari & cuſtodiri.

Ad ſextum quoque reſpondetur conſequentiam negando: Etenim & jus civile æquitatem ſequitur, *l. 90. ff. de R. Iur. l. 8. C. de judic. l. 1. ff. de juſt. & jure.* Et tamen ex nudo pacto actionem non concedit; *l. 7. §. quinimo, ff. de pact.* æquitas proinde ſuadet pactum ſervari; ſed non mediante actione verum aliis modis; de quibus paulo ſupra.

Ad ultimum reſpon. aliud eſſe donationem & aliud pactum promiſſoriũ, etiamſi

animo

nimo fiat donandi. Præterea non omne pactum nudum promiſſorium fit animo donandi; ſed ſæpè ob cauſam, ut aliquid viciſſim detur aut fiat. Inſuper ſi quæ vis huic argumento ineſſet, concluderet etiam pactum jure civili parere actionem, quia Juſtiniani conſtitutione in *l. ſi quis argentum, C. de donat.* ex donatione actio naſcitur.

QUÆSTIO IV.

An pactum contractui in continenti adjectum actionem producat; & in ſpecie de pactis ſtrictis contractibus adjectis?

HActenus itaque conſtat ex nudo pacto actionem non naſci, hancque regulam non ſolùm jure civili, ſed & Canonico veram eſſe; Cæterùm tunc fallit, & officium ſuum perdit, quando vel legitimum eſt, *l. 6. ff. de pact.* vel in continenti contractui adjectum; Id quod de bonæ fidei contractibus veriſſimum eſt: Sic enim de his Ulpianus *in l. 7. § quinimo, ff. de pact.* Quinimo interdum format ipſam actionem, ut in bonæ fidei judiciis, ſolemus enim dicere pacta conventa ineſſe bonæ fidei judiciis, ſed hoc ſic accipiendum eſt: Ut ſi quidem ex continenti pacta ſubſecuta ſunt, etiam ex parte actoris inſint;

ex

ex intervallo non inerunt, nec valebunt, ſi agat, ne ex pacto actio naſcatur. Cui ſubſcribit Imperator Maximinus *in l. 13. C. eod. tit. In bonæ fidei*, inquiens, *contractibus ita demum ex pacto actio competit, ſi in continenti fiat: Nam quod poſtea placuit id non petitionem, ſed exceptionem parit.* Verùm de ſtricti juris contractibus dubitatio magna eſt, utrum pacta illis adjecta, inſint? Equidem Cujacius *10. obſervat. 24. & ad d. l. 7. §. Quinimo, ff. de pact.* Hugo Donellus *in d. l. 13. & in l. 40. ff. de Reb. credit.* Borholt. *de pact. c. 4. n. 53. cum ſequent. & in tractat. de uſur. c. 3. n. 7.* ſtatuunt pacta in continenti bonæ fidei contractibus adjecta actionem producere; adjecta vero ſtrictis contractibus non item; moventur autem his circiter fundamentis.

1. In *l. 7. §. quinimo, 5. ff. de pact.* & *in l. 13. C. eod. tit.* expreſsè dicitur, *pacta in continenti adjecta ineſſe bonæ fidei judiciis*, cui conſequens videtur, quod contractibus ſtricti juris non inſint. Cur enim de his in ſpecie atque nominatim id ſcriptum eſſet, ſi idem quoque in ſtrictis obtineret judiciis?

2. Quin

2. Quin etiam confirmat hanc ſententiam non parum, *l. 6. C. ſi cert. petat* ubi diſertè negatur pactum de fœnore præſtando ineſſe mutuo, quod ſtricti eſt juris.

3. In *l. 3. ff. de reſcind. vendit.* JCtus Paulus differentiam conſtituit inter contractus bonæ fidei & ſtricti juris, ut illis pacta ex intervallo appoſita ipſo jure inſint, ut detrahant; his verò ſaltem per exceptionem: Quapropter ſi hæc eſt differentia inter pacta detrahentia ex intervallo ſubjecta, differentia quoque ſtatuenda erit, quoad pacta in continenti appoſita, ut adjacentia & extendentia tantùm inſint ſtrictis contractibus ex parte rei, & ſaltem detrahentia ex parte actoris.

4. In *leg. ſi tibi*, 17. *ff. de pact. & leg. Rogaſti*, §. *ſi tibi*, *ff. de Rebus credit.* traditur pactum detrahens mutuo ineſſe; pactum verò adjiciens non item;

5. Accedit his, quod informare ſit extendere veterem actionem; At ſtricti juris actio extenſionem non patitur, *l. 5. in fine & l. ſeq. ff. de in lit. jur. l. 99. ff. de Verb. obligat.*

6. Adde quod regula generalis ſit, quod quic-

quicquid dictum non ſit, nec verbis expreſſum in ſtrictis contractibus, non eſſe ſupplendum per pactum vel interpretationem, *l quicquid, 99 ff. de V. Obligat.* Cui ſane conſeqꝫens videtur pactum contractui ſtricti juris in continēti ſubjectum non ineſſe, nec actionem reformare.

7. Inſuper non plus operatur fictio quàm veritas, *l ſi is, qui pro empt. ff. de uſucap.* Sed informare contractum nihil aliud eſt quàm, ut pactum, juxta contractum interpoſitum, videatur ac fingatur in eundem deductum. Si igitur pactum juxta ſtipulationem interpoſitum hoc modo informaretur, eſſent duæ ſtipulationes, *l. ſcire, ff. de V. Obligat.* quam ſententiam illa abſurditas conſequi poſſet, quod certi condictio, quæ competit ex ſtipulatione, in quam res certa deducta eſt, competeret ad id, quod incertum eſt & pacto continetur.

8. In *l. Titius, ff. de præſen. verb.* pactum de præſtando tributo in continenti mutuo erat adjectum & tamen hoc pactum mutuo ineſſe negatur.

9. Jus publicum privatorum pactis non mutatur, *l. 38 ff. de pact.* At certæ ſunt contractuum ſtrictorum formæ jure publico definitæ: his proinde privatorum pactis nil derogari poteſt.

10. In

10. In materia differenti argumentum quoque debet eſſe differens. Actiones autem bonæ fidei differunt à ſtrictis, §. *Actionum, I. de act.* Ergo, licèt pactum informet bonæ fidei contractum; non tamen contractum ſtricti judicii.

Sed ab hac ſententia diſcedunt Franc. Hotom. *Illuſt. quæſt. 36. & 37. & 1. amicabilium reſponſ. 31.* Anton. Faber *5. Conjectur. 10.* Gœdd. *in tractat. de contrahend. & committ. ſtipulat. c. 8. n. 37.* Petr. Gilckenius *in l. 13. C. de pact.* ſtatuentes pacta contractibus ſtricti juris adjecta ſive detrahant, ſive adjiciant ineſſe & actionem reformare; quæ ſententia & mihi probatur ac ſequentibus argumentis confirmatur.

1. In *l. lecta, 40 ff de Reb. credit.* JCtus proponit & tractat hanc ipſam quæſtionem, annè pactum in continenti ſubjectum ſtipulationi inſit ex parte actoris & actionem reformet, ac tandem cõcludit quod ſic. Et quanquam diſſentientes reſpondeant in ea lege 40. agi de pacto detrahente, quod non ex parte actoris, ſed ex parte rei ſit, cũ huic, non illi proſit; Solutio tamẽ hæc fundamentũ noſtrum minimè ſubvertit. 1. Quia Paulus generalem proponit regulam, quod pacta in continenti facta ſtipulationi inſint, perinde, ut

Digitized by Google

Ulpianus *in d.l.7.§ 5.de pact.* de bonæ fidei contractibus ſcripſerat, quod pacta illis adjecta inſint. 2. Quia ipſe Paulus expreſſè ſcribit, ſententiam ejus, qui pactum ad exceptionem duntaxat proficere ſtatuerat, exploſam eſſe, unde ſequitur, quod cùm pactum ſtipulationi adjectum non ſolùm ad exceptionem, ſed etiam ad actionem proficiat, illud ineſſe ex parte actoris; Nec enim cum Cujacio ſtatuendum, illud pactum ineſſe ex parte actoris, quod actori prodeſt ipſamque actionem extendit & ampliorē reddit; ſed dicēdum potius omne pactum ex parte actoris ineſſe, quod actionem reformat, ſive adjiciat ſive detrahat, & ſive proſit, ſive obſit actori, *l.7.§.quinimo, ff.de pact.* At pactum hoc, quod in caſu, *d.l.40.* ſtipulationi erat adjectum reformare & informare actionem exinde liquet, quod, cùm prius una vice integra ſors exigi potuerit, nunc, pacto ſubjecto, per partes & diſtinctis vicibus exigi debeat.

2. Confirmat hanc ſententiam, *l. 4. ff. de pact.* in qua cum ſtipulationi puræ eſſet pactum ſubjectum, quo cavebatur, ut id quod purè promiſſum erat, ſub conditione deberetur, dicitur conditionem ineſſe contractui perinde ac ſi in ſtipulatione expreſ-

expreſſa fuiſſet. Hoc autem pactum reformare ſtipulationem hinc liquet, quod cum ſtipulatio prius pura eſſet, nunc ex pacto ſit conditionalis, & cum prius ex ſtipulatione ſtatim de ſorte agi poſſet; nunc pacto fuerit effectum, ut demum, conditione exiſtente, ſors exigi queat.

3. In *l.52. ff. de Verb. Obligat.* Ulpianus ſcribit: *In conventionalibus ſtipulationibus contractui formam contrahentes dant. Enimverò pretoriæ ſtipulationes legem accipiunt de mente pretoris. Deniq; pretoriis ſtipulationibus nihil immutare licet, neq; addere neq; detrahere.*

Solutio contrariorum.

His minimè refragantur ſuperiora diſſentientium argumenta. *Ad primum* ex *d.l.7.§. quinimo, ff. de pact. & l.13. C. eod.* deſumptum reſpondeo unius incluſionem non eſſe alterius excluſionem, nec argumentum à contrario ſenſu hoc loco concludere, ac proinde malè inferri, hoc modo, *pactum ineſt bonæ fidei contractibus: Ergo non ineſt contractibus ſtricti juris,* quod enim *in d.l.7.§. quinimo.* tantùm bonæ fidei contractuum Ulpianus meminit, id non reſtrictionis, ſed exempli & declarationis cauſa fit, id quod ſatis ſignificat particula *VT*, quæ nota eſt exempli;

nec contra quicquam facit particula (*etiam.*) Hæc enim non habet vim reſtringendi, ſed amplificandi potius & extendendi. Et licèt aliàs naturam haberet reſtringendi, non tamen in *d.l.7* §.5. excluderet ſtricti juris judicia, ſed argueret potius comparationem diverſorum, actoris, inquam, & rei. In *l.13.C.de pact.* idcircò bonæ fidei judiciorum meminit Imperator, quia reſcripta eſt ad conſultationem & facti ſpeciem de bonæ fidei judiciis conceptam, ut aliæ plæræque Codicis leges.

Ad ſecundum & *quartum* reſpondetur, in *l.6. C. ſi cert. petat.* & *l. Rogaſti, §. ſi tibi, ff. de Reb. credit.* & *l.17. ff. de pact.* Ideò pactum uſurarium non ineſſe mutuo, quia repugnat naturæ contractus mutui, ut quod gratuitum eſſe debet. Licet igitur pacta inſint contractibus ſtricti juris, non tamen ea, quæ ſubſtantiæ contractus repugnant, ſiquidem pacta hujusmodi ad ſubſtantiam contractus deſtruendam ſpectant, *l.72. ff. de contrah. empt.*

Ad tertium ℞. in *l. 3. ff. de reſcind. vendit.* non tractari de ulla inter contractus bonæ fidei & ſtricti juris differentia, ſed illam quæſtionem reſolvi, utrum pactum ex poſt-facto initum, ut res empta ſit inempta, reſolvens ſubſtantiam emptionis vendi-

venditionis, quæ in ſolo conſenſu conſiſtit, *pr & §. 3. ff. de empt. vendit.* æquè cenſeatur ſuſtuliſſe ſtipulationem emptioni venditionem ſubditam? Id quod ſtatuendum videbatur, quia principali ſublato tollitur acceſſorium; ſed tamen contrarium reſpondet Ulpian. propterea quòd conſenſu id ſolùm diſſolvatur, quod conſenſu colligatum & contractum eſt.

Ad quintum R. actiones ſtricti juris extenſionem admittere, non minus atque actiones bonæ fidei; Id quod luculenter admodum probant, *l. 34. ff. de R. Iur. & l. 94. ff. de Verb. obligat.* Et ſtricti juris dicitur contractus non quia extenſionem nullam admittat; ſed quia judicis officium ad id, quod in libellum inque judicium deductum eſt, adſtringatur, *§. In bonæ fidei, 30. I. de Action.*

Ad ſextum reſpondetur idem, quod ad præcedens quintum argumentum: quod enim *in d. l. 99.* dicitur quicquid verbis nõ ſit expreſſum pro omiſſo haberi, id non pertinet ad ea, quæ pactis in continenti ſubjectis ſunt comprehenſa, quoniam id in ipſa ſtipulatione comprehenſum, intelligitur, *l. 4. in verb.* conditionem ineſſe ſtipulationi atque ſi hoc expreſſum fuiſſet, *ff. de pact. & l. 40. ff. de Reb. credit. in verb.*

perinde eſſe ac ſi per ſingulos menſes, quod tardius ſoluta eſſet: Et cum pactum in continenti adjectum inſit contractui & pars fiat ipſius contractus, *d.l.7. §.5.ff. de pact.* ideò, quod pacto ſubjicitur, ipſi contractui ineſſe intelligitur.

Ad ſeptimum reſpondeo conſequentiam negando; ſiquidem, ut modò oſtenſum fuit, pactum in continenti adjectum non pro peculiari contractu habetur, ſed pars eſt ſtipulationis ejusque contractus, cui adjicitur; eumque ampliat & extendit informatque, ſic ut ab initio ſtatim contractu comprehenſum videatur, *d l.7. §.5. & d.l.40 de Reb. credit. l 4. ff. de pact.*

Ad octavum reſpondetur, ut ſupra committi fallaciam cauſæ: Quod enim *in d.l. Titius* pactum de præſtando tributo non ineſt mutuo, ratio non hæc eſt, quòd mutuum ſit contractus ſtricti juris, ſed quia repugnat hujuſmodi pactum ſubſtantiæ mutui, ad ejusque deſtructionem pertinet, cùm hoc ſubſtantiale ſit mutui, ut ſit gratuitum.

Ad nonum reſpondetur diſtinguendo, ut ſi lex publica, adverſus quam pactum interponitur, utilitatem concernat publicam, tunc pactio nullius ſit momenti, quia jus publicum privatorum pactis immutari non poteſt. *d.l. jus publicum, 38. ff. de*

pact. Sin rem paciſcentis familiarem, tum valeat pactum; Id quod Ulpianus diſertè expreſſit *in l. 7. §. ſi paciſcar. 14. ff. de pact.* ubi ait; *Si paciſcar ne operis novi nunciationem exequar, quidam putant non valere pactionem quaſi in eo prætoris imperium verſetur: Labeo autem diſtinguit, ut ſi ex re familiari operis novi nunciato ſit facta liceat paciſci ſi de Republica non liceat, quæ diſtinctio vera eſt: Et in cæteris igitur omnibus ad edictum prætoris pertinentibus, quæ non ad publicam læſionem, ſed ad rem familiari reſpiciunt, paciſci licet.* Idemque rurſus inculcat Ulpianus *in l. 31. ff. de pact. Paciſci contra edictum ædilium omnimodo licet, ſive in ipſo negocio venditionis gerendæ conveniſſet, ſive poſtea.* Quapropter cum formæ contractuum, externæ ſcilicet, ſive adminicula contractuum ad rem familiarem ſingulorum contrahentium pertineāt, idcircò pactis mutari & alterari poſſunt. Præterea cùm lex publica ſic contractibus formam tribuerit, ut eam arbitrio contrahentium permiſerit, *l. 52. ff. de V. O. l. 7. §. 5. ff. de pact.* idcircò nihil in jus publicum committunt, qui eam pactis & conventionibus immutant.

Ad poſtremum reſpond. committi fallaciam à dicto ſecūdum, quid ad dictum ſimpliciter: Tametſi enim contractus bonæ

fidei & ſtricti juris diverſæ ſint naturæ, inde tamen minimè ſequitur, quod in nullo penitus conveniant, ſed ubivis atque in omnibus diſcrepent, maximè quotiens jus apertè illos exæquat, uti hoc loco fieri manifeſtiſſimè ſupra demonſtratum fuit.

Et hæc ita procedunt ſi pactum de adminiculis ſeu accidentalibus contractus fuerit interpoſitum. Nam ſi de ſubſtantialibus contractus fiat tum ſive adjiciat contractui, ſive detrahat, ſi quidem re adhuc integra interponatur, antequam aliquid ex contractu fuerit ſubſecutum, contractum in aliud genus tranſmutati ſin re non amplius integra, tum non vitiet contractum, ſed ipſum vitietur, *l.* 72. *de contrahend. empt.* inveſtigare neceſſarium eſt?

Quæstio IV.

Quænam pacta in continenti dicuntur adjecta?

DICTUM eſt pacta ſolùm illa, quæ in continenti adjiciuntur, reformare contractus & actionem parere, non verò ea, quæ ex intervallo ſubjiciuntur; Quocirca quænam pacta in continenti & quæ ex intervallo adjecta dicantur, Hugo Donellus *in d. l.* 13. *C. de pact.* ea pacta dicit in con-

continenti eſſe adjecta, quæ, antequam contractus perficeretur, fiunt.

1. Quia pacta, quæ in continenti ſunt facta, dicuntur *in ingreſſu contractus* facta *d.l.7.§ 5.de pact.* At in ingreſſu contractus ea fieri condicuntur, quæ contractu nondum perfecto fiunt.

2. Quia pacta in continenti adjecta dicuntur *initio contractus fieri, l. Initio, C. de pact. inter empt. & vendit.* At contractus tunc habet initium, cum perficitur, necdum perfectus eſt.

3. Quia dicuntur in negocio gerendo fieri, *l. paciſci, ff. de pact.*

4. Quia pacta, quæ in continenti adjiciuntur, pars ſunt contractus: Atqui pars eſſe contractus non poſſent, ſi demum perfecto contractu facta eſſent.

5. Quia pacta, quæ fiunt ex intervallo & quæ poſtea fiunt opponuntur illis pactis, quæ fiunt in continenti; Atqui *ex intervallo & poſtea* fieri dicuntur, quæ contractu jam perfecto fiunt. Igitur, ex natura oppoſitorum, dicendum, pacta in continenti fieri, quæ contractu nondum perfecto fiunt.

Verùm his non obſtantibus contrariam ſententiam veriorem judico; eaque pacta in continenti fieri exiſtimo, quæ fi-

Digitized by Google

unt contractu jam tum perfecto & abſoluto.

1. Quia pacta iſta dicuntur in continenti ſubſecuta, *d. l. 7. §. 5. ff. de pact.* At ſubſequi contractum id dicitur, quod perfecto jam contractu factum eſt. Reſpondet quidem Donellus *in d. §. 5.* pacta ſubſequi dici, non quæ contractum perfectum ſequantur, ſed quæ ſequantur initium, ingreſſum atque primum congreſſum contrahentium, quo de re inter contrahentes agi cœpit. Sed divinatoria eſt hæc ſolutio & in mea conjectura conſiſtit; nec propriè dici poteſt *contractum ſubſequi*, quod initium contractus & primum contrahentium congreſſum & tractationem ſubſequitur, cum nec initium contractus & primus ille congreſſus propriè contractus dici queat.

2. Quia pactum, quod in continenti factum eſt, dicitur ſubjectum ſtipulationi: At ſtipulationi ſubjectum dici non poteſt, quod, ſtipulatione nondum perfecta, factum eſt.

3. Quia hujusmodi pactum, quod in continenti factum eſt, perinde haberi debet ac ſi in ipſa ſtipulatione comprehenſum fuiſſet, *l. lecta, 40. ff. de Reb. credit.* Jam verò ipſa ſtipulatione non eſſet re-

vera

vera comprehenſum, ſi in ingreſſu ſtipulationis pactum adjectum fuiſſet.

4. Quia *in leg. 4. ff. de pact.* proponitur ſtipulatio pure concepta, cui per pactum in continenti adjecta eſt conditio: At non purè concepta eſſet, ſi in ejus ingreſſu, & non demum eâ conceptâ & perfectâ conditio adjecta eſſet.

Solutio contrariorum.

Ad primum & *ſecundum* reſpondeo, non negari, quin pacta, quæ ingreſſu contractus ſunt facta, rectè in continenti dicantur facta; ſed & illa, quæ contractu perfecto ſtatim ſubjiciuntur, rectè dici in continenti facta, per textus modò adductos. Deinde licèt non in ingreſſu facta ſint ea pacta, quæ pòſt in continenti ſubjiciuntur; perinde tamen haberi, ac ſi in ipſo contractu facta eſſent fictione ſcilicet quadam civili.

Ad tertium reſpond. in ipſo negocio factum & illud dici, quod fit ſtatim & in continenti, perfecto negocio: ſic enim auctoritas tutoris, quæ in ipſo negocio, à pupillo geſto, interponenda dicitur, *§. 2. I. de auctor. tutor. l 9.*

§ 5. *I. eod. tit.* non interponitur, niſi perfecto negocio, *l. 25. § 4. ff. de acquir. hered.*

Ad quartum reſpondetur fictione quadam juris fieri, ut pacta, quæ in continenti facta ſunt perinde habeantur, ac ſi in ipſo contractu, eoq; nondum perfecto addita fuiſſent, *d. l. 4. in fine de pact. & d. l. 40 ff. de Reb. credit.* unde & pars contractus dicuntur.

Ad quintum R℞: non ſibi invicem opponi pacta, quæ in continenti ſunt facta, & pacta, quæ poſtea ſeu ex intervallo ſunt ſubſecuta; ſed pacta, quæ in continenti SUBSECUTA ſunt, & quæ ex intervallo. Unde colligimus pacta ex intervallo non dici ea, quæ contractu perfecto ſunt facta, ſed quæ contractu perfecto longiori mora atque intervallo interpoſito, ſubjecta ſunt: pacta verò in continenti facta, quæ quidem & ipſa poſt contractum perfectum, ſed in continenti & ſtatim ſubſecuta ſunt.

QUÆSTIO V.

Quænam actio ex pacto in continenti contractui adjecto naſcatur?

CUM igitur ex prædictis conſtet ex pacto in continenti adjecto actionem naſci, quæritur porro quænam & qualis exinde

exinde oriatur actio? Hoc enim valdè inter Juris Interpretes controverſum eſt: Sunt enim, qui actionem ex ipſo contractu, cui in continenti pactum adjectum eſt, deſcendentem, competere ſtatuant: ſunt qui actionem præſcriptis ſolam dari contendant: Sunt denique, qui utramque actionem ſimul ex pacto iſto naſci aſſeverent. De quibus ſingulis ordine diſpiciamus. Et ut à poſtrema hac initium faciamus, amplectuntur eam inſignes JCti: Moventur autem ſequentibus rationibus.

1. In *l. Labeo ſcribit, ff. de contrah. empt.* Ulpianus: *Labeo ſcribit, ſi mihi bibliothecam ita vendideris, ſi decuriones campani locum mihi vendidiſſent in quo eam ponerem; Et ſi per me ſtet quo minus id à campanis impetrem; non eſſe dubitandum quin præſcriptis verbis agi poſſit: Ego etiam ex vendito agi poſſe puto, quaſi impleta conditione, cum per emptorem ſtet, quominus impleatur.* Ecce hîc emptio venditio bibliothecæ erat contracta, & contractui pactum adjectum, ut tunc venditio valeret, ſi locum vendidiſſent decuriones Campani; ex tali pacto & actio empti & actio præſcriptis verbis competit.

2. In *l. 6. ff. de reſcind. vendit.* Paulus

ſcribit: *Si convenit, ut res quæ venit, ſi intra certum tempus diſplicuiſſet, redderetur, ex empto actio eſt, ut Sabinus putat, aut proxima empti in factum.*

3. In *L. 2. C. de pact. inter emptorem,* Alexander Imperator itidem utramque actionem concedit, vel ex empto, vel præſcriptis verbis. Verba ejus ſunt: *Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt ſive ipſi, ſive heredes illorum emptori precium quandocunque vel intra certa tempora obtuliſſent, reſtitueretur; teque parat ſatisfacere conditioni dictæ heres emptoris non paret, ut contractus fides ſervetur, actio præſcriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur, habitâ ratione illorum, quæ poſt oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad adverſarium pervenerunt.*

4. Quotiens actio non habet certum aliquod nomen, totiens dari ſolet actio præſcriptis verbis, *l. 1. & 2. ff. de præſcript. verb.* Atqui actio, quæ ex pacto, in continenti adjecto contractui, naſcitur, non habet certum aliquod & ſpecificum nomen. Ergo exinde actio præſcriptis verbis dari ſolet.

Refutatio huius opinionis.

Sed

Sed hæc opinio, quantumvis admodum ſpecioſis fundamentis nitatur, non tamen ſuſtineri poſſe videtur. Etenim cum actione præſcriptis verbis alia actio, ex contractu præſertim nominato deſcendens, non concurrit: de præſcriptis verbis actione ita traditur in *l.* 1. *&* 2. *ff. de præſcript. verbis.* Tunc ad eam confugiendum, cum deficiunt prodita judicia & vulgares actiones. Quocirca ſi ex pacto naſcitur actio illius contractus, cui appoſitum eſt, deficit præſcriptis verbis actio.

Nec adverſatur, quod de re apud ſequeſtrem depoſita, & depoſiti actionem & actionem præſcriptis verbis dari legitur *in l. Ei apud*, §. 1. *ff. depoſiti*, *l. ſi gratuitam*, §. *ult. ff. de præſcriptis verbis.* Id enim modò dictis nihil adverſatur. Datur ſiquidem depoſiti actio in ſequeſtrem: ſed ei, qui depoſuit, de re ab ipſo depoſita, quam ad rem præſcriptis verbis actio non competit. Rurſum datur præſcriptis verbis; ſed victori de re, quæ ab ipſo depoſita non eſt, ſed ab adverſario, quo cum certabatur, Vide Donellum *de præſcriptis verbis c. 2.*

Nec

Nec refragatur, *l.2.§.2.ff.de precario.* Ubi cum interdicto de precario dicitur concurrere præſcriptis verbis actio. Verba hæc ſunt: Itaque cum quid precario rogatum eſt, non ſolùm hoc interdicto uti poſſumus, ſed etiam præſcriptis verbis actione, quæ ex bona fide oritur.

Nam interdictum de precario non eſt actio nominata, imò actionis nomen, ſi propriè & accuratè loqui velimus, non meretur, *l.37.ff.de O. & Act.*

Parum verò ad rem faciunt, quæ ſupra fuerunt adducta: *Ad primum* enim ex *L. Labeo, 50. de contrahend. empt.* deductum variè reſponderi ſolet. Primo enim Franciſcus Hotomannus conventionem ſæpè dupliciter conſiderari poſſe: Nonnunquam, ut emptionem, atque tunc competere actionem empti: Nonnunquam, ut ob cauſam datum, & tunc competere actionem præſcriptis verbis; Sed divinatoria eſt hæc reſponſio, nec ullo juris fundamento corroboratur; Quin etiam rationi juris apertè refragatur; Emptionem enim & contractum do ut des diverſiſſimam habere naturam, ipſe confirmat Paulus *in l.5 §.ſed cum do, ff. de præſcr. verb. & l.1.ff. de Rer. permut.* Quomodo itaque unum idemque negocium, una eademque con-

conventio, modò ut emptio, modò ut permutatio, ſeu contractus innominatus conſiderari poſſet? Mihi, aliorum ſalvo judicio, veriſimilius reſponderi videtur, *in d. l. 50.* Labeonis ſententiam, ſtatuentis in caſu illîç propoſito actionem præſcriptis verbis competere, non probari ab Ulpiano; ſed *in ſequenti verſic. Ego etiam.* ubi ſuam adducit ſententiam, ſatis apertè improbari: Tum quia dicitur conditionem, ſub qua venditio facta erat, haberi pro impleta: At quoties id cujus cauſa aliquid datum, aut factum eſt, ſecutum eſt, ceſſat præſcriptis verbis actio, ut quæ detur ad id quanti intereſt contractum eſſe adimpletum. Tum etiam quia hæc eſt natura actionis præſcriptis verbis, ut non detur, niſi in aliarum actionum defectum; *l. 1. & 2. ff. de præſcript. verbis action.* Nec adverſatur particula *etiam*, quæ vim implicandi, includendi & conjungendi habet: Ut enim taceam, quod particula iſthæc non ſemper vim implicandi habeat; ut docet Coraſius attendendum quoque quidnam implicet? Implicat autem *in d. l. 50.* non actionem præſcriptis verbis, de qua prius dictum erat, ſed actionem empti & venditi, ex ipſo contractu emptionis deſcendentem, ut ſenſus ſit, ſicut

ex

ex emptione venditione agitur actione empti, ita quoque ex pacto, emptioni adjecto, ex vendito agi; cum pars ſit contractus cui adjicitur, ut mox dicemus.

Ad *L. 6. ff. de Reſcind. vendit. & l. 2. C. de pact. inter empt.* reſpondet Donellus, etſi alias actio præſcriptis verbis cum alia actione non concurrat; ſecus tamen evenire, quoties fundus venditur eâ lege, ut vel fundus reddatur venditori, precio reddito, aut precio non ſoluto, vel contra, ut emptori precium reddatur; ſi res ei diſplicuerit. Et generaliter concurſum harum actionum eſſe, quoties venditio contrahitur ea lege, ut vel venditor rem ſuam recipere poſſit, vel emptor recipere precium queat. De priori eſſe exemplum *in d. l. 2.* De poſteriore verò *in l. 6. de reſcind. vend.* Rationem verò hujus rei hanc adducit Donellus, quia de hujuſmodi conventione ad reſcindendam emptionem ſpectante dubitatum ac concertatum fuerit olim qualisnam daretur exinde actio, ut ex *l. 12. ff. de præſcript. verb. & l. 4. ff. de L. Commiſſor.* liquet. At quoties non conſtat, ſed dubitatur, qualis ex aliquo negocio actio competat, toties detur actio præſcriptis verbis, *l. 1. ff. de æſtimat. act.* proinde

indè & hîc actionem præſcriptis verbis à plærisque datam fuiſſe; ſed quia alii adhuc diſſenſerint & actionem ex contractu dandam contenderint, *l. 6. §. 1. ff. de contrahend. empt.* ideò tandem ab Imperatoribus, Severo & Antonino, quæſtionem hanc deciſam & litem diremptam eſſe, ſic, ut actio ex ipſo contractu deſcendens pacti nomine competeret: *l. 4. ff. ad L. Commiſſor.* Verùm poſt iſtud Imperat. reſcriptum, actionem præſcriptis verbis nihilominus manſiſſe; idque optima ratione, quia nempe actio data fuerit alienandæ venditionis cauſa non juris ejus prioris minuendi; quoniam quod ita datur, ut accedat non intelligatur dari, ut à priori jure recedatur, *leg. 4. §. ſi ex conventione, ff. de Re Iudic.*

Hânc ſolutionem quoque Gilckenius probat, *in d. l. 13. n. 29. Cod. de pact.* ubi ait pactum quidem contractui in continenti adjectum parere actionem illius contractus, cui adjicitur; ſed pactum, quod ad reſolvendam emptionem vel alium contractum ſpectet, producere actionem præſcriptis verbis.

Mihi

Mihi verò hæc reſponſio planè non probatur; ſi enim Divi Severi & Antonini conſtitutione quæſtio iſta, inter veteres JCtos agitata, qualis nam ex pacto, in continenti contractui adjecto, actio cōpetat? deciſa eſt, & ita quidem deciſa, ut actio ipſius contractus detur, non potuit relinqui actio præſcriptis verbis, deciſione ita Divorum Imperatorū ſalva & integra manente: Dum enim decreverunt actionem ex empto dandam; ſimul decreviſſe intelliguntur, actionem præſcriptis verbis non admittendam; non ſolùm; quia hæc in defectum aliarum actionum datur; ſed etiam, quia hoc in quæſtione fuit; anne etiam præſcriptis verbis actio competat; ſi igitur & hanc competere voluiſſent Impp. æquè atque actionem ex empto, quam facilè fuiſſet Impp. id exprimere? expreſſuri id dubio procul fuiſſent.

Johannes Borcholt. reſpondet in Dd. ll. particulam *Vel* & *Aut* eſſe correctorias, ſicut particula iſta *Vel* etiam aliàs ſæpè vim corrigendi habeat, *l. 16. §. Libero homini, ff. commodati; l. bona fides, ff. de Noxal. act.* licet alias ex natura ſua diſtinguat. Quæ reſponſio & mihi præ cæteris arridet. Etſi enim à propria verborum ſignificatione

non

non facilè recedatur, *l. non aliter, ff. de Leg.* 3. Hoc tamen ita, mihi & ipſum Legislatorem ab ea recedere & verbo abuti voluiſſe probatum fuerit, *d. l. Non aliter.* Hìc autem ſatis id exinde conſtat, quod Imperatoria conſtitutione deciſum ac decretum fuerit, ex pacto iſto non aliam, quàm actionem ipſius contractus competere, *l. 4. ff. de L. Commiſſoria.* Quin & hanc eſſe præſcriptis verbis actionis naturam, ut cum aliis actionibus concurrere nequeat; ſæpè hactenus dictum eſt.

Ad quartum ℞. Actionem ex pacto, contractibus adjecto, deſcendentem, eſſe nominatam ac proprium habere nomen illius contractus, cui adjicitur, mox demonſtrabitur.

Secunda igitur opinio eſt illorum, qui ſolam præſcriptis verbis actionem dari ſtatuunt; quorum hæc ſunt fundamenta.

1. In *L. Avia, C. de jure dot.* Imperator Maximinus ita ſcribit: *Avia tua eorum, quæ pro filia tua in dotem dedit, etſi verborum obligatio non interceſſit, actionem ex fide conventionis ad te, ſi hæres extitiſti, transmittere potuit: Nec enim eſt eadem cauſa patris & matris paciſcentium: quippe matris pactum actionem præſcriptis verbis conſtituit, patris dotis actionem profecticiæ nomine competentem conventione ſimplici minimè creditur innovare.* 2.

2. In *l.9 C.de donat.* itidem ex pacto donationi adjecto datur actio præſcriptis verbis.

3. Idemque clarè confirmat, *l.cum res, 22.C.eod.tit.* in qua etiam actio præſcriptis verbis ex pacto, donationi adjecto, competit.

4. Eodemque pertinet, *l. ſi cum venderet,ff.de pign.act.* ubi ex pacto, in continenti interpoſito, accommodatur actio in factum.

5. Et Proculus *in l. ſi vir, 12. ff. de præſcr. verbis act.* ex pacto venditioni adjecto actionem in factum concedit.

Sed & hæc opinio non videtur admittenda, quamvis priori fortaſſis probabilior ac veritati convenientior videri poſſit.

Etenim quæſtionem hanc, à veteribus diſputatam, à D. Severo & Antonino ſic deciſam eſſe Ulpianus commemorat, ut ex pacto contractui adjecto non alia, quàm, quæ ex ipſo contractu, competat actio, *d. l. 4. ff. de L. Commiſſoria*, & quod non alia, quam hæc actio competere poſſit, mox demonſtrabitur.

Ad fundamenta verò modò adducta reſpondeo in *d. l. Avia* actionem præſcriptis verbis non naſci ex pacto contractui ad-

adjecto, ſed ex pacto non-nudo, quod in contractum innominatum incidit: Pacta enim, quæ de dote reſtituenda fiunt non eſſe nuda probant luculenter, *l.1.C.de pact. convent.tam ſuper dot & l.10. C. de pact.*

Ad *l. 9. & l.22. C de donat.* reſpondeo & ibi agi de pacto non nudo, quod contractum innominatum ſapiat; pactum enim, quod rerum traditioni adjicitur non eſt nudum; Incidit quippe in contractum innominatum, vel do, ut des, vel do, ut facias.

Ad *l. ſi cum venderet, 13. ff. de pign. act.* reſpondetur; in caſu illic propoſito, actionem in factum, quæ debitori adverſus emptorem pignoris competere dicitur, non eſſe ex pacto emptioni adjecto; ſiquidem proponitur venditioni pignoris pactum hoc adjectum, ut ſi debitor ſolveret pecuniam precii debitor emptori, tum liceret ei rem ſuam recipere. **Ex hoc** pacto inter creditorem & emptorem pignoris non potuit debitori actio acquiri, *l.38.§ alteri, ff. de V. obligat.* proinde actio in factum, quæ ibidem dicitur debitori competere, non eſt alia, niſi ea, quæ ipſi à creditore erat ceſſa & mandata: actiones enim ceſſæ utiles ſunt: Utilis autem actio frequenter in factum dicitur.

Ad

Digitized by Google

Ad *L. Si vir uxori, 12. ff. de præſcript. verb.* ℟. pactum, de quo ibi tractatur, non eſſe nudum; ſed in contractum innominatum *facio ut facias vendo tibi rem, ut viciſſim hoc facias*, incidere; ex contractu verò innominato præſcriptis verbis actio naſcitur.

Quocirca his opinionibus rejectis exiſtimo omninò ſtatuendum eſſe, ex pacto contractui adjecto, naſci actionem ipſius contractus, quia pars eſt contractus hujuſmodi pactum, cui opponitur, *l. 79 ff. de contrah. empt.* At quicquid tribuitur toti, idem quoq; tribuēdum parti; pracoinde, ſi ex toto contractu nominato non naſcitur actio præſcriptis verbis, ſed actio proprium nomen, & quidem nomen illius contractus, unde naſcitur, habens, ſequitur indubitate; quod & pactum, quod ineſt contractui, eandem producat actionem.

2. Accedit huic, quod pactum contractui oppoſitum, non tam pariat actionem, quàm actionem contractus informet & reformet, *l. 7. §. 5 ff. de pact.* & hactenus ſolùm actio ex pacto naſci dicatur, quatenus exinde informata, ac novâ formâ donatâ prodit.

3. Quin etiam, cùm ſit acceſſio quædam

dam contractus, cui ſubjicitur, naturam ipſius ſequatur eandemque imitetur, eum habeat effectum, quem ipſe contractus, neceſſum eſt.

4. Eandem hanc ſententiam confirmant quoque, *l. 72. l. 75. l. 79. ff. de contrah. empt.* ubi pacta, emptioni adjecta, pariunt actionem ex empto vendito.

5. Et in *l. 4. ff. de Lege Commiſſoria* propoſitam quæſtionem à D. Severo & Antonino ſic deciſam refert JCtus, ut ex pacto emptioni adjecto, actio empti detur. Hinc verò relucet, quod cum ordinaria & quidem nominata competat actio; Idque hodie Imperatoria conſtitutione ita ſit deciſum, ut non amplius de eo dubitare liceat, non dari actionem præſcriptis verbis, ut quæ tunc ſolùm competat, cum vel alia ordinaria & nominata deficit, *l. 1. & 2. de præſcript. verbis*, vel dubitatur ecquænam competat actio, l. 1. de æſtim. act.

Caput Ultimum.

De pactorum contrariis.

Quæstio I.

Quænam ſint contraria pactis?

REſtat, ut tandem de pactorum contrariis & pugnantibus diſſeramus. Inprimis verò contraria ſunt pactis, quæ conſenſum impediunt & diſſenſum arguunt; Cùm pactum duorum conſtet conſenſu, *l. 1. ff. de pact.* Impediunt autem conſenſum dolus, vis, metus quibus pacta extorquẽtur: hæc enim conſenſui eſſe impedimento teſtatur Ulpianus *in l. 116. princ. ff. de R. Iur.* ubi ait, nihil conſenſui tam eſſe contrarium, quam vim atque metum. Idemque de Errore aſſerit, *in ead. l. § fin. Non videtur*, inquiens, *qui errant conſentire.* Et *in l. 15. ff. de jurisdict. Non conſentiunt, qui errant, quid enim magis contrarium eſt, quam error, qui imperitiam detegit.* Hinc & prætor ea demum pacta ſe ſervaturum pollicetur, quæ neq; dolo malo, nec vi aut metu ſunt extorta; & contrà illa pacta negat ſe ſervaturum, quæ dolo malo ſint facta, *l. 7. § 7. & § 9. & 10. ff de pact.* Pactis quoq; contrariantur, quæ contra bonos mores ſunt, quæque legibus & conſtitutionibus principum

cipum adverſantur: Unde nec hæc vult prætor ſervare, *d.l.7.§.7. de pact* Verùm de his poſterioribus pactis, quæ bonis moribus & legibus adverſantur, memini ſupra dictum eſſe: Nunc igitur de iis, quæ dolo, vi, metu extorta quæq; errore ſunt facta, reſtat, ut non nihil dicamus.

QUÆSTIO II.

An pactum dolo initum ſubſiſtat & ſi non ſubſiſtit, utrum ſit ipſo jure nullum an aliquo remedio reſcindatur?

PActum dolo malo initum non ſubſiſtere, proximè oſtendimus, eò quòd diſertè prætor ſe hujuſmodi pactum non ſervaturum edicat; At quomodo non ſervetur, porro quæritur? Diſtinguendum inter pacta: Nam ſupra oſtendimus pacta eſſe duplicis generis, alia eſſe nuda; alia non-nuda, ſive veſtita, quæ & contractus appellantur. Quod ad pacta nuda; opinatur quidem Anton. Fab. *in Ration. ad pand. in l.7.§.7. de pact.* ea ſi dolo ſint facta, ſtatim ab initio & ipſo jure nullius eſſe momenti; adeò, ut ad ea infirmāda, nec exceptione nec replicatione opus ſit, in eoque putat pacta differre à ſtipulatione, quod hæc, quantumvis dolo inita, valeat pariatque actionem, licèt repellatur

exceptione doli mali, *l. 2. §. circa & tot. tit. de doli mali except. l. 36. ff. de V. Obligat. l. 5. C. de inutil. ſtipulat.* Rationem autem diverſitatis in eo conſiſtere ait, quod ſtipulatio habeat juris vinculum, quo promiſſor omnimodò adſtringitur, etiamſi dolus malus intervenerit ſtipulatoris: In pactis verò jus nullum verſetur, ſed factum duntaxat, *l. 27 §. pactus, ff. de pact.* Ideoque non defendantur pacta, niſi æquitate prætoria, quæ porrò æquitas non poſſit favere ei, cujus aliquis dolus malus probatur, *l pen. in fin. ad Trebell. l. 1. de doli mali except. l. 95. § Naturalis, ff. de ſolut.* Dolus enim toto jure noſtro, ſed præſertim à prætore, qui cuſtos eſt æquitatis, & omnibus edicti partibus vindicatur.

2. Cui etiam hæc addi poteſt ratio, quod dolus malus conſenſum excludat, ac diſſenſum arguat, *d. l. 116. ff. de R. Iur.* At pactum eſſe non poſſit, ubi conſenſus deficit, *l. 1. ff. de pact.*

3. Inſuper *in l 9 C. de pact.* expreſsè Alexander ſcribit, pactum mala fide, eſſe irritum: At illud demum irritum dicitur, quod ipſo jure nullum eſt.

4. Idem denique probare videtur, quod prætor edicit ſe pacta dolo inita non ſervaturum, *l. 7. §. 7. & §. dolo, ff. de pact.*

Cæte-

Cæterùm ab hac ſententia diſcedit Fr. Hotomannus *in eod.* § 7. *l.* 7. *de pact.* ſtatuens pactum dolo malo factum non eſſe ipſo jure inutile, ſed ubi pacti exceptionem prætor addiderit, doli replicationem ſubjungere. Confirmatur hæc ſententia, *l.* 9. *C. de pact. in fine.* ubi Alexander Imperator ſignificat, pactum mala fide ac dolo malo factum, valere ab initio, ſicut actio ex ſtipulatu, verū quemadmodum hæc per doli exceptionem, ſic pacti exceptionem per doli replicationem elidi: Nam his verbis utitur cum ex ea conventione agi cœperit: Nam agi intelligitur etiam per exceptionem, *l.* 1. *ff. de except.*

2. Et hûc etiam pertinere videtur, *l. ſub prætextu*, 19. *C. de tranſact.* quæ doli replicationem dari oſtendit.

3. Eodemque modo intelligenda videtur, quæ ambigue ſcripta eſt, *in l. cum te*, 51. *ff. de pact.* ubi pactum creditoris, per errorem factum, ne à debitore petat, ipſo jure debitorem non liberat & adverſus illius exceptionem doli replicatio concedi ſignificatur: Niſi potius dicamus exceptioni pacti doli quoque replicationem ineſſe; quia dolo malo pactum ſe non ſervaturum prætor edixit, *l.* 7 §. *dolo*, *ff. de pact.* Quæ cum ita ſint videndum,

Digitized by Google

quidnam ad contraria Fabri fundamenta reſpondendum ſit. Et quidem.

Ad primum R. committi fallaciam cauſæ: Nam ſi pactum propterea ipſo jure eſt nullum, quia æquitas in pactis obſervetur, æquitati verò ſit dolus malus contrarius, tunc ſequetur inde, quosvis etiam contractus, dolo initos, ipſo jure eſſe nullos; Cum in omnibus judiciis æquitas ſpectetur, *l.90. de R I. & l. 8.C. de judic.* At ſecus ſe res habet: Nam nec contractus bonæ fidei, in quibus tamen æquitas præcipuè dominatur, *l.5.C. de reſcind. vend.* ſtatim ob dolum ſunt nullius momenti, ut mox dicetur:

Ad ſecundum reſpondendum, quamvis is, qui dolo circumventus pactum iniit, in dolum non conſenſerit; conſenſiſſe tamen in illud negocium, quod hoc actu peragebatur: Nec *d. l. 116 de R. Iur.* hic ſenſus eſt, quod nullus ibi ſubſit conſenſus, ubi dolus metusvé intercedit, ſed quod conſenſui multum obſit, multum detrahat, ut propterea non debeat ratum manere negocium, quod his accidentibus laborat: Alioquin ſanè conſenſus coactus ac vi, dolo & metu extortus etiam conſenſus eſt, licèt minus liber, *l. 21. ff. quod met. cauſa.* Et ſanè ſi argumen-

tum

tum hoc alicujus eſſet momenti, concluderet quoque ſtipulationem, vel quemvis alium contractum, dolo malo initum, ipſo jure eſſe nullum, quod tamen ſecus ſe habere, mox oſtendemus.

Ad tertium ℞. Quamvis *in d. l. 9.* Imperator dicat. *Pactum mala fide factum eſſe irritum*: Tamen in ſequentibus ita ſe declarat, ut oſtendat non ab initio ſtatim eſſe irritum, ſed ex poſt facto, oppoſita doli replicatione, prout hoc paulò ſupra oſtenſum fuit.

Ad quartum ℞. Non ſequitur pacta non ſervantur: Ergo ipſo jure ſunt nulla. Cum & ea rectè non ſervari dicantur, quæ initio valent, ſed pòſt exceptione, aut replicatione ſubvertuntur.

Circa pacta non nuda, ſive contractus diſtinguendum eſt inter eos, qui bonæ ſunt fidei atque illos, qui ſtricti ſunt juris, ut hi quidem ab initio conſiſtant, ſive dolus cauſam & initium dederit contractui, ſive in contractum inciderit, ita tamen, ut per doli exceptionem petitio ſubmoveatur, *l. 3. & 5. C. de inutil. ſtipulat. l. 9. C. de contrahend. & committ. ſtipulat. l. 36. ff. de V. oblig.*

Bonæ fidei autem judicia, ſi quidem dolus cauſam dederit contractui, h. e. contra-

trahentem, qui aliàs contracturus non fuiſſet, ad contrahendum induxerit, contractus ab initio ſtatim nullius ſit momēti, ſeu ipſo jure ſit nullus: ſi verò inciderit in contractum; ita ut ſine eo nihilominus deceptus fuiſſet contracturus, contractus valeat, ſed exceptione doli poſtmodum enervetur.

Et quidem, quod ad hunc dolum, quem incidentem vocamus, attinet, facile conſentiunt omnes, quod non reddat contractum ipſo jure nullum: Confirmatur quippe hoc ſatis evidenter, *l. In venditionibus*, §. 1. *& ſequent. ff. de contrah. empt. l. 1. de pign. act. l. Iulianus*, §. *ſi quis colludente, ff. de act. empt. l. ex empto*, §. *ſi quis virginem, ff. eod. tit.*

An verò dolus cauſam contractui dans reddat contractum ipſo jure nullum, haut expeditum eſt? Etenim Johannes Coraſ. *2. miſcell. 8. n. 4.* Robert. *lib. 3. animadvert. c.* 1. 2. 3. 4. *&* 5. Weſenbec. *in paratit. l. ff. de dolo princip. & n.* 5. ſtatuunt contractum etiam bonæ fidei ab initio ſubſiſtere, nec ipſo jure nullum eſſe, ſi dolus ei initium & cauſam præbuerit; hancque ſententiam ſuam ſequentibus confirmari ſibi perſuadent.

Moventur autem in primis *l.* 5. *C. de reſcin-*

ſcindend. vendit. In qua ita Dioclet. & Maximin. *Si dolo adverſarii deceptum venditionem prædii te feciſſe præſes provinciæ editus animadverterit ſciens contrarium eſſe dolum bonæ fidei (quæ in hujusmodi maximè contractibus exigitur) reſcindi venditionem jubebit.*

Hîc, inquiunt, dolus cauſam atque initium contractui dedit, quia venditio prædii dolo facta proponitur & tamen reſcindi eam, expreſsè dicitur, ex quo ſequitur infallibiliter, quod contractus venditionis non fuerit ab initio nullus; cùm id ſolùm reſcindatur, quod ſubſtitit, quod nullum fuit reſciſſione non indigeat, ſiquidem omnis privatio habitum præſupponit.

2. In *L.13. §. ſi venditori verſic. per contrarium, ff. de actionibus empt.* Ita Ulpianus *per contrarium quoque idem Iulianus ſcribit, cum Terentius Victor deceſſiſſet, relicto herede fratre ſuo & res quasdam ex hereditate & inſtrumenta & mancipia Vellicus quidam ſubtraxiſſet, quibus ſubtractis, facile quaſi minimo valeret hereditas, ut ſibi ea venderetur, perſuaſit; an venditi judicio ea teneri poſſit? Et ait Iulianus competere actionem ex vendito; in tantùm, quantò pluris hereditas valeret, ſi hæ res ſubtractæ non fuiſſent.* E quibus verbis admodum perſpicuè colligi exiſtimant

mant, dolum contractui cauſam dantem non reddere contractum ipſo jure nullum, ſiquidem expreſsè loquuntur de dolo cauſam dante, cum hîc proponatur, Villicum perſuaſiſſe heredi victoris, *ut eam hereditatem ſibi venderet*, adeoque dolo heredem ad vendendum ac contrahendum induxiſſe.

3. In *ead. l. 13. § ſi quis colludente, ff. de act. empt.* Idem Ulp. *Si quis colludente, ait, procuratore meo ab eo emerit, an poſſit agere ex empto? & peto hactenus, ut aut ſtetur emptioni aut diſcedatur. In hac facti ſpecie*, itidem dolus cauſam dans intercesſit; dolo ſiquidem procurator alterius inductus fuit, ut contraheret & venderet, nihilominus tamen contractus ſubſiſtit, ſic ut exinde agi poſſit actione empti, ut aut ſtetur emptioni, aut diſcedatur.

4. Idem confirmat quoque *l. 11 § ſi quis virginem, ff. de act. empt.* ubi proponitur dolo venditoris aliquis inductus, ut mulierem pro virgine emeret, quam empturus non fuiſſet, ſi non virginem, ſed mulierem eſſe ſciviſſet.

5. In *l. 9. pr. ff. de dolo.* Ulpianus ait; *ſi quis affirmaverit minimam eſſe hereditatem & ita eam ab herede emit, non eſt de dolo actio cum ex vendito ſufficiat.* Hic iterum proponitur,

tur, quis dolo ad emendum inductus atq; perſuaſus, & tamen contractum ſubſiſtere, ſic, ut exinde agi poſſit, aſſeritur.

6. In *l. Vnde ſi Nerva, 8. ff pro ſocio* Paulus ſcribit: *Si Nerva arbitrium ita pravum eſt, ut manifeſta iniquitas ejus appareat, corrigi poteſt per judicium bonæ fidei.* Hîc, ſine ulla doli incidentis & cauſam dantis diſtinctione, aſſeritur, dolum judicio bonæ fidei emendari.

7. In *l. 3. C. ex quibus cauſis major.* Dioclet. & Maximin. reſcribunt: *In contractibus, qui bonæ fidei ſunt, etiam majoribus officio judicis, cauſa cognita, publica jura ſubveniunt: Subveniunt autem vel actione vel exceptione, vel in integrum reſtiſtitutione, quodnam ex his tandem dicamus, ſequetur contractum non eſſe ipſo jure nullum.*

8. In *l. Majoribus, 3. C. commun. utriusque judicii*, iidem Imperatores clarè ſignificant, contractus dolo initos non eſſe nullos, ſed ſubſiſtere actionemque, qua dolus iſte emendetur, parere: Verba hæc ſunt: *Majoribus etiam per fraudem vel dolum, vel perperam ſine judicio factis diviſionibus, ſolet ſubvenire, quia in bonæ fidei judiciis, quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit, in melius reformabitur;*

Nec ſanè quicquam, quod probè obſervandum, Impp. diſtinguunt, utrum dolus inciderit in contractum, an ei cauſam & initium præbuerit, diſtinxiſſent autem procul dubio Impp. ſi hoc modo diſtinguendum putaſſent.

9. Inſuper hûc quoque facere videtur non parum, *l.* 12. §. 1 *ff. de jure dot.* ubi Ulpianus: *Si mulier ſe dicat circumventam minoris rem æſtimaſſe, utpote ſervum: Siquidem circum in hoc venta eſt, quod ſervum dedit, non tantùm in hoc, quod minoris æſtimavit, in eo acturam, ut ſervus ſibi reſtituatur. Enimverò ſi in æſtimationis modo circumventa eſt, arbitrium mariti, utrum juſtam æſtimationem, an potius ſervum præſtet.* Hîc, ex ſententia Johannis Roberti, duo caſus diverſi proponuntur, *unus*, quo mulier in hoc circumventa eſt, ut eum ſervum in dotem daret, alias non datura, *Alter*, quo in precio eſt circumventa. Priore caſu electio tribuitur utrum ex æſtimato agere velit ad Juſtam æſtimationem; An verò rem ipſam ſibi reſtitui petere: Cui conſequens &, iſto caſu, quo dolus contractui initium dedit, eum ipſo jure nullius eſſe momenti.

10. Et ſanè, cùm inter contractus bonæ fidei & ſtricti juris nulla poſſit certa &

con-

conſtans dari diverſitatis ac differentiæ ratio, cur illos dolus initium contractui dans ipſo jure nullos reddat; hos verò non item, dicendum & concludendum omninò videtur dolum, quantumvis cauſam dantem, non efficere, ut contractus ipſo jure ſit nullus.

Cæterùm contraria opinio verior eſt ac crebriori calculo approbata: eamque ſequuntur & amplectuntur Donellus *ad L. ſi quis cum aliter, ff. Verb. Obligat.* Gœdd. *de contrahend & committend. ſtipulat. c. 3. n. 112. & ſequentib.* Cujac. *in Mercatore lib. 3. c. 1. 2. 3. 4. & 5. & in d. l. ſi quis aliter* Caſtel. *in l. 7. in pr. ff. de dolo*, & ibid. Antonius Faber *in Rational.* Henricus Bocer. *in l. 23. de R. Iur. c. 2. n. 13. & ſeq.* Anton. Faber *in Error. pragmat. decad. 9. Error. 1.* Mynſing. *cent. 6. obſervat. 38. n. 6.* Andr. Gail *2. obſervat. 2 n. 6.* Quibus & ego libenter ſubſcribo.

Primò enim ſtabilitur hæc ſententia, *l. 7. pr. ff. de dolo malo.* ubi Ulpianus. *Nec videtur huic ſententiæ adverſari quod Iulianus lib. 4. ſcribit; Si minor annis viginti quinque conſilio ſervi circumſcriptus eum vendidit cum peculio, emptorq; eum manumiſit, dandam in manumiſſum de dolo actionem: Hoc enim ſic accipimus carere dolo emptorem, ut*

ex empto teneri non poſſit; Aut nullam eſſe venditionem, ſi in hoc ipſo, ut venderet circumſcriptus eſt: his verbis clarè & perſpicuè ſignificatur, ſi quis dolo, ut venderet circumventus & inductus fuerit (quem dolum appellant cauſam contractui dantem) contractum nullius eſſe momenti; ſeu ut Ulpianus loquitur, emptionem nullam eſſe.

2. Idemque planè confirmat, *l. 16. §. 1. ff. de minor.* quo & ipſo in loco, ſi minor circumſcriptus ſocietatem coierit, vel etiam donationis cauſa, nullam eſſe ſocietatem, nec inter majores quidem, & hoc ita, ut partes prætoris ceſſent, & ipſo jure munitus ſit minor.

Non equidem me latet Johannem Robertum ad hoſce textus modò adductos reſpondere emptionem venditionem, necnon ſocietatem nullam eſſe, non quoad ſubſtantiam contractus & obligationis, ſed ſaltem quoad effectum, quoniam venditor, vel ſocius ſic dolo inductus habeat actionem, vel exceptionem ex ipſo contractu ad annullandum & reſcindendum, ſi malit.

Verùm huic reſponſioni primò refragatur, quod diverſa hæc ſint & diſſimi-

milia, *contractum eſſe nullum & contractum eſſe annullandum*, nec JCtus in textibus adductis aſſerat contractum eſſe annullandum, ſed nullum eſſe.

2. Quod in utroque textu quæſtio ſit propoſita de minore, quando ipſi reſtitutio in integrum ſit neceſſaria? Ad eamque JCtus reſpondeat, non eſſe neceſſariam, cum minor jure ipſo munitus eſt, ejuſque exemplum adducit contractum venditionis & donationis ad quem ineundum dolo minor fuerit inductus. Quod ſi contractus valeret, ut Robertus opinatur, reſtitutione utique in integrum opus eſſet ad eum reſcindendum & infirmandum. Adde, quod expreſsè dicat JCtus ita ſocietatem eſſe nullam, ut partes prætoris ceſſent; Jam verò partes prætoris ejusque officium non ceſſarent, ſi contractus ſubſiſteret, & officio magiſtratus reſcindendus eſſet.

3. In *l. 3. §. ult. ff. pro ſocio.* Paulus ſocietatem ſi dolo malo, aut fraudandi cauſa coita ſit, ipſo jure nullius eſſe momenti aſſerit, quia bona fides contraria ſit fraudi & dolo.

Nec audiendus hîc Rob. quādo in h. l. 3.

de

de ea ſocietate agi reſpondet, quæ fiat in tertii fraudem, ut ſi duo contrahant ſocietatem veneficii, aut latrocinii cauſa, qualem ſocietatem nullius eſſe momenti JCtus aſſerat, quia non unius duntaxat, ſed utriusq; dolus cauſam præbuerit contractui.

Rectè enim Gœddæus hanc interpretationem rejicit, quia apertum ſit, Paulum non tractare de rebus in contractum ſocietatis deducendis, ſed de forma ac modo contrahendi, quia ad id, quod proponit Paulus, adhibet omnibus notam hanc regulam, *quia fides bona contraria eſt fraudi & dolo*; quæ ſanè non quadraret ad propoſitum, ſi vera eſſet Roberti interpretatio.

Solutio contrariorum.

His non refragantur argumenta Roberti cæterorumque diſſentientium ſupra enumerata: *Ad primum* enim R℞. Legem *ſi dolo, 5. C. de reſcind. vendit.* nobis non refragari, nec Roberto patrocinari, quia exinde non conſtat dolum, de quo ibidem agitur, cauſam dediſſe contractui & venditorem ad vendendum induxiſſe: Etſi enim proponatur ibidem dolo circumventus prædii venditionem feciſſe, tamen

&

& ille rectè dicitur dolo circumventus vendidiſſe, qui non fuit ad vendendum dolo adductus, ſed in ipſo contractu circa precium rei dolo circumventus. Deinde poſito eo, quod dolus contractui cauſam præbuerit, exinde tamen non ſequitur, quod contractus ſubſtiterit: Verbum enim *reſcindi* ſæpè ad actus ipſo jure invalidos refertur, ut *in l.1.§.1 ff. de feriis in l* 43. §. 2. *ff. de Vulg. & pupill. ſubſtit. tot. tit. de ſentent. quæ ſine appellat. reſcind.* non, ut reſcindantur ac reſolvantur quatenus jure valuerunt ac ſubſtiterunt; ſed ſolùm quatenus de facto processerunt, ut quod ex illis hinc inde profectum eſt in priſtinum ſtatum reſtituatur. Proinde & in d. l. 5. ſic venditio reſcindi jubetur, ut quæ data & tradita ſunt revocentur vindicatione & condictione ſine cauſa: Cur enim vindicatio hoc caſu non detur, nil video; ſiquidem ex venditione, quæ nulla fuit, dominium transferri non potuit. Et rem ſine cauſa apud emptorem eſſe apertum eſt, ut ita locus condictioni ſine cauſa eſſe poſſit. Et quanquam Antónius Faber ideò vindicationem & condictionem ſine cauſa hoc caſu dari neget, quia actio doli cōpetat, cui locus non ſit quotiens aliæ actiones competunt, l. 1 ff. de dolo; Id tamen

men, quod præſupponit, in caſu *d. l 5.* doli actionem competere, non probat, nec etiam in *d. l. 5.* ullo exprimitur verbulo: Ipſe denique Antonius Faber reſpondet: Venditionem ipſo jure nullam eſſe cui dolus cauſam dedit, ſi nempe in puris cõventionis & conventionis finibus ſteterit: Verum ſi traditio ſecuta fuerit incipere habere vires, non quia traditio ulla poſſit transferre dominium quam titulus vẽditionis, aut alius non præcedat, *l. 30 ff. de acquir. dom.* ſed quia, quod favore venditoris conſtitutum eſt, ut venditio, in qua circumſcriptus eſt, ipſo jure ſit nulla, non debeat ei nocere ſi malit venditionem ſtare, ut malle videatur dum rem tradidit; ne, quod in favorem ejus introductum eſt, id in odium ejus detorqueatur. Sanè veriſſimum puto ſi velit venditor contractum potius valere ſibique precium ſolvi, quàm eundem reſcindi; non eſſe locum reſciſſioni; non ſolùm ob rationem ab Antonio Fabro modò aſſignatam, ſed etiam propterea, quod dolus nemini debeat, niſi circumvenienti, nocere, *l. 155. de R. Iur.* Hic autem ſi, invito venditore, recederetur à contractu, dolus emptoris noceret ipſi, qui bona fide contraxit. Denique nec emptor, qui do-

dolum fecit petere poteſt contractum reſolvi propter dolum admiſſum, quia ſic propriam allegaret turpitudinem, quo caſu audiendus utique non eſſet.

Ad ſecundum: In *leg.* 13. §. *ſi venditor. verſic. p r contrarium*: non agitur de dolo cauſam dante, ſed ſolùm de dolo incidente; Non enim in hoc circumventus erat heres, *ut Villico hereditatem venderet*, ſed ut quaſi *minimo* valeret *venderet*; Idque inde liquet, quod decepto non detur actio ad reſolvendum contractum, quæ tamen ex ſententia Roberti ac reliquorum diſſentientium datur, quotiens dolus cauſam contractui præbuit, ſed datur actio venditi in tantùm, quantò pluris hereditas valeret, rebus iſtis non ſubtractis. Deinde in iſto §. *ſi vendit.* proponuntur duo caſus, quorum prior de dolo incidente agit, id quod ſatis eſt perſpicuum; Conſequens itaque eſt, ut & poſterior, qui in objecto *verſic. per contrarium*, proponitur atque priori oppoſitus & contrarius eſt, itidem de dolo incidente loquatur; Cum oppoſita ſibi ratione ejusdem opponantur, eodemque reſpectu ſemper intelligantur.

Ad tertium. In §. *ſi quis colludente, d. l.* 13. nemo dolo erat inductus ad con-

tra-

trahendũ, non principalis ille, cujus nomine contrahebatur, quia is ipſe contrahebat; Nec procurator, ut qui ipſe doloſè colluſerat, hoc eſt, paſſus erat ſe vel potius dominum, decipi ac dolo malo circumveniri.

Ad quartum. Conſimiliter nec in d. l. 11. §. ſi quis virginem. de dolo cauſam dante, ſed ſolùm de incidente agitur: Erat enim empturus fœminam iſtam, ſponte etiam acceſſerat ejus venditorem, ſed in qualitate fœminæ ſaltem fuit deceptus, quod pro virgine mulierem emerit: Quin etiam in textu non dicitur venditorem dolo induxiſſe, aut circumveniſſe emptorem, ut emeret, ſed eum ſaltem orare paſſum fuiſſe.

Ad quintum: In d. l. 9 pr. non tractari de dolo cauſam dante, ſed de dolo incidente, ſiquidem circa precium venditor fuit circumventus & dolo inductus, ut hereditatem, quaſi minimam, minoris venderet, qualis dolus, ex omnium ſententia, incidens eſt.

Ad ſextum idem plane reſpondendum: Nam quod in d. l. 8. dolus Nervæ incidens fuerit, id hinc liquet, quod Nervæ iniquum dicitur fuiſſe arbitrium ad illud arbitrium non ſpectavit eò, ut contrahere-

tur,

tur, ſed pertinuit ſolùm ad res in contractum deducendas, æſtimandas. Præterea non conſtat Nervam fuiſſe in dolo, quandoquidem fieri poteſt, ut aut imperitia quadam vel errare aut rei ipſius precii ignorantia iniquum fuerit arbitratus absque ullo dolo malo & fraude.

Ad ſeptimum ℞.in l.3. c. ex quibus cauſ. major. non agi de circumventione doloſa, ſed ea, quæ fit ſine ulla fraudandi propoſito Præterea jura publica dolo ad cõtrahendum inductis ſubveniunt non ita, ut contractum remedio aliquo reſcindi & infirmari jubeant, ſed, ut ne quidem ab initio eum ſtare patiantur, ſed irritum & jure ipſo nullum pronuncient.

Ad octavum ℞. in l.3. C.comm. utriusque agi de dolo; ſed de incidenti, non verò de dolo cauſam dante, idque patet ex iis, quæ pro noſtra ſentẽtia adduximus: Nec ſanè ſequitur, dolus eſt: Ergo eſt dolus cauſam dans cõtractui; à poſitione quippe generis ad poſitionem certæ alicujus ſpeciei non procedit argumentum.

Ad nonum ℞.in ſpecie l.12. §.1. de jure dot. mulierem non fuiſſe circumſcriptam in hoc ipſo, quod dotem dederit; ſed, ut verba legis oſtendunt, in eo fuit circumventa, quod ſervum in dotem dederit; adeoq;

eoque & hîc dolus fuit ſaltem incidens, non verò cauſam dans. Et hoc ita eſſe manifeſtiſſimè ex ipſis verbis legis apparet.

Ad decimum ℞. Quod dolus cauſam contractui dans bonæ fidei contractum ipſo jure nullum faciat; non autem contractum ſtricti juris, ejus ratio minimè obſcura eſt. Quanquam enim bona fides, cui dolus contrarius eſt, *l. 116. de R. Iur.* omnibus in judiciis ſpectetur, *l. 8. C. de judiciis*, magis tamen in bonæ fidei quam in ſtrictis judiciis deſideratur, *l. 5 in verbis*, quæ in hujusmodi maximè contractibus exigitur, *C. de reſcind. vendit.* Cui conſequens eſt, ut facilius bonæ fidei contractus vitiet, quam contractus ſtricti juris.

QUÆSTIO III.

An contractus vi metuvé extortus ipſo jure ſit nullus; an verò ſubſiſtat & poſtea reſcindatur?

Dictum eſt ſupra metum atq; vim contractui quoque contraria eſſe non minus, atque dolum, ac proinde ſi quid horum intervenerit, contractum ſervari non oportere: At utrum hæc faciant con-

contractum ipſo jure nullum, an verò eum ſubſiſtere patiantur, ſic ut pòſt per in integrum reſtitutionem reſcindatur? Et quidem Johannes Robertus, Accurſium, Bartholum, & Baldum ſecutus, *lib. 3. animadvers. 3.* contendit contractum, cui vis & metus cauſam dedit, non eſſe ipſo jure nullius momenti, ſed ſubſiſtere, pòſt verò reſcindi.

1. Quia in *l. ult. §. 1. ff quod met. cauſ.* Ulpianus ſatis clarè ſignificat contractum metu extortum à prætore reſcindi: Verba textus hæc ſunt: *Si juſto metu perterritus cognitionem ad quam, ut vinctus iret, potens adverſarius minabatur, id quod habere licebat, compulſus vendidit; res ſua æquitati per præſidem provinciæ reſtituitur.*

2. Idemque Ulpianus in *l. 9. §. volenti, 4. ff. eod. tit.* de eo, qui vi metuvé ad contrahendum compulſus eſt, ita ſcribit: *Volenti autem datur & in rem actio & in perſonam, reſciſſa acceptilatione, vel alia liberatione*, quibus ſignificat id, quod metu geſtum eſt, reſcindi; Cui conſequens eſt, ut ſubſiſtat, quoniam omnis privatio habitum præſupponit.

3. In *l. 1. C. de reſcind. vendit.* in qua dici-

dicitur malæ fidei emptionem eſſe irritam; At irritum nihil fit niſi, quod prius fuerit ratum, *arg. tot. tit. ff. de injuſt. rupt. & irrito. fact. teſtam. & tot. tit. I. quibus mod. teſtam infirm.*

4. Quia & Gordianus Imperator in l. Non intereſt, 5. C. de his, quæ vi metusvé, contractum vi metuvé extortum reſcindi adeoque ab initio ſubſtitiſſe clarè ſignificat: Non intereſt inquiens à quo vis adhibita ſit patri & patruo tuo, utrum ab emptore, an verò ſciente emptore ab alio, ut vi metuvé poſſeſſionem vendere cogerentur: Nam ſi adhibita vi compulſi ſunt poſſeſſiones ſuas, quæ majore valebant minimo diſtrahere, juriſdictionis tenore, ut id, quod improbè factum eſt, in priorem ſtatum revolvatur, impetrabunt.

5. Cui Conſtantinus quoque ſubſcribit in *l. pen. Cod. eod. tit.* Si per impreſſionem, inquiens quis aliquem metuens ſaltem in mediocri officio conſtitutum rei ſuæ in eadem provincia vel loco ubi tale officium peragit ſub venditionis titulo fecerit ceſſionem: Et quod emptum fuit reddatur & nihilominus etiam pecunia retineatur:

His tamen non obſtantibus veriorem judico

judico contrariam opinionem, quam etiam Donellus in *l.* 1. *C. de reſcind. vendit.* & Goedd. *de contrahend. & committ. ſtipul. c.* 3. *n.* 156 & *ſeqq.* Jacob. Cujac, *in Mercat. lib.* 5. *c* 3. amplectuntur & his ſequentibus nititur fundamentis.

1. Quotiens in contractu bonæ fidei ineundo aliquid intervenit, quod bonæ fidei ſit contrarium, toties contractus ab initio nullus conſtituitur. Atqui metus ac vis bonæ fidei ſunt contraria, *l.* 116. *de R. Jur.* Igitur contractus bonæ fidei metu & vi extortus, nullus eſt.

2. Si dos metu promiſſa ſit, nullius momenti eſt dotis promiſſio, *l.* 21. §. *ſi dos, ff. quod met. cauſ.* Ergo ſi & alius bonæ fidei contractus metu ſit initus, nullius erit momenti.

Licèt autem Accurſius reſpondeat, hoc ſingulare eſſe in dotis promiſſione propterea, quod dos maximè ſit favorabilis, *l.* 1. *ff. ſolut. matrim.* Rectè tamen Donellus regerit, magnum errorem eſſe, ſi quis putet, dote metu promiſſa promiſſionem nullius momenti eſſe ob id, quod dos ſit favorabilis: quia quo quicquam favorabilius eſt, eò magis ſervari oporteat: Ac proinde dotis promiſſionem metu factam nullam eſſe non propter favo-

Digitized by Google

rem dotis, propter quem magis promiſſio dotis valere debeat, ſed quia dotis promiſſio bonæ fidei ſit, nihil autem magis contrarium ſit bonæ fidei quàm vis & metus.

3. Ex prædictis conſtat contractum bonæ fidei ipſo jure non valere, ſi dolo malo fuerit extortus, ubi aut venditor deceptus eſt, ut venderet, aut emptor, ut emeret, *l.7.ff.de dolo*: Atqui emptio, metu contracta, dolo quoque inita intelligitur, quoniam & metui dolus ineſt, & qui metum intulit, idem & de dolo tenetur, *l.* 14. §. *Eum, qui pen. ff. quod met. cauſ.* Proinde contractus bonæ fidei metu extortus, pariter ipſo jure non valet.

Solutio contrariorum.

His ita conſideratis non amplius difficilis erit ad contraria fundamenta reſponſio: Quod enim in *d.l. fin.* §. 1. dicitur *rem ſuæ æquitati per præſidem reſtitui*, id non evincit, quod prætor contractum emptionis jure validum reſcindat: Siquidem poſt Cujacium reſpondet Gœddæus rem ſuæ æquitati etiam tum per præſidem reſtitui, quando petenti denegat actionem propter rei vel negocii utilitatem, *l. qui proprio,* §. *qui alium procurat*. Inſuper & tunc dicitur res à præſide ſuæ æquitati reſtitui, quan-

Digitized by Google

quando res ex contractu iſto jure nullo tradita reſtitui jubetur, adeoque contractus, quatenus de facto proceſſit, non quatenus jure valuit, reſolvitur.

Ad ſecundum reſpondet Cujacius idem, quod ad præcedens modò reſponſum fuit: Et inſuper non loquitur expreſsè de metu cauſam dante contractui; Ideò cōmodè de metu incidente accipi poteſt, imò debet, propter fundamenta ſuperius à nobis adducta.

Ad tertium reſpondet Donellus irritum eſſe & irritum fieri planè eſſe diverſa: Illud de iis prædicari, quæ ab initio nullius fuerunt momenti: Poſterius verò ſaltem de illis, quæ initio ſubſtiterunt ac jure valuerunt, pòſt verò reſciſſa & infirmata fuerunt: Proinde non ſequitur in *l.* 1 *C. de reſcin. vend.* irrita dicitur emptio metu extorta: E. valuit & jure ab initio ſubſtitit.

Ad quartum ℞. in *l.* 5. *C. de his, quæ vi metuvé*, non agi de dolo cauſam dante, ſed de incidente, quia non inductus erat venditor ad prædia vendenda, ſed ad ea minimo vendenda, quæ majore valebant.

Ad quintum ℞. *d. l. pen. C. eod.* planè impertinēter allegari, cum loquatur de majorum magiſtratuum & judicum, quibus in ea provincia emptionis commercio

interdicitur, concuſſione, *l. 46. ff. de contrahend. empt.* ſic ut contractus ſit ipſo jure irritus, non ſolum ſi dolus ſit cauſam dans contractui, ſed etiam ſi incidens ſit.

QUÆSTIO IV.

An Error circa genus contractus commiſſus vitiet contractus irritumq́ʒ conſtituat?

ERrorem conſenſui eſſe contrarium & contractum impedire ſupra dictum fuit: At verò non de quovis errore id accipiendum, certum & expeditum eſt. De errore circa genus contractus primò dubitatur, an impedimento ſit contractui; veluti ſi ego donaturus rem tradam, tu quaſi mutuam vel commodatam accipias? Et prima fronte dicendum videtur talem errorem contractui nō obſtare, quia in *l. 36. ff. de acquir. dom.* dicitur ex hujusmodi contractu traditionem factam non eſſe inefficacem, ſed trāsferre dominium: At dominium non transfertur quando traditionem nullus habilis præcedit titulus, §. *per traditionem, Iuſt. de R. div.* Sed tamen verior eſt nihilominus contraria ſententia; Ulpianus enim in *l. 18. ff. de Reb. credit.* aſſerit contractum hujusmodi errore impedire: *Si ego* inquiens *pecuniam quaſi donaturus dedero, tu quaſi mutuam accipias; Iulianus ſcribit donationem*

non

non eſſe, ſed an mutua ſit, videndum? Et puto nec mutuam eſſe: magisq; nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit.

2. Quod ipſum quoque ratio juris manifeſta confirmat: hæc nempe, quod ad omnem contractum deſideretur conſenſus, ac quivis contractus in ſe conventionem contineat, *l. 1. ff. de pact.* At ubi circa genus contractus erratur, nullus adeſt cõſenſus, cum error conſenſum impediat ac diſſenſum arguat, *l. 15. ff. de jurisdict.*

Nec huic adverſatur, *d. l. 36. ff. de acq. rer. dom.* Illîc enim non dicitur contractum valuiſſe, ſed ſolùm traditionem non fuiſſe inefficacem; Traditio autem, ut dominium transferat, non requirit ſemper titulum verum, ſed aliquando etiam putativo titulo contenta eſt; argumento eſt ſolutio indebiti: Si enim aliquid non debitum, tanquam debitum ſolutum fuerit, dominium transfertur, quantumvis nullus titulus, nulla cauſa præceſſerit.

QUÆSTIO V.

An Error circa ſubſtantiam ſeu corpus rei commiſſus vitiet contractum?

SI error in corpore, vel in ſubſtantia rei fuerit commiſſus, contractum eſſe nullum evidenter probat, *l. 83. §. 1. ff. de V. oblig.* ibi Paulus: *Si Stichum ſtipulatus de alio ſen-*

tiam, tu de alio, nihil actum erit, quod & in judiciis Ariſto exiſtimavit, ſed hic magis eſt, ut is petitus videatur de quo actor ſenſit: Nam ſtipulatio ex utriusq; conſenſu valet; judicium autem etiam in invitum redditur, & ideò actori potius credendum eſt, alioquin ſemper negabit reus ſe conſenſiſſe.

2. Et Venulejus in *l* 137 § *1. ff. de V. Obl. Si hominem ſtipulatus ſim & ego de alio ſenſerim, tu de alio, nihil actum erit. Nam ſtipulatio ex utriusq; conſenſu perficitur.*

3. Idem quoque Ulpianus confirmat *in l. 9 § fin. ff de contrahend. empt. Inde quæritur, ſi in ipſo corpore non erratur, ſed in ſubſtantia error ſit, utputa ſi acetum pro vino veneat, æs pro auro, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento ſimile; an emptio & venditio ſit, Marcellus ſcribit, lib. 6 Dig. emptionem eſſe & venditionem, quia in corpus conſenſum eſt, etſi in materia ſit erratum. Ego in vino quidem conſentio, quia eadem propè ſubſtantia eſt, ſi modò vinum acuit; Cæterùm ſi vinum non acuit, ſed ab initio acetum fuit, ut embamma id eſt, intinctus, aliud pro alio veniſſe videtur; In cæteris autem nullam eſſe venditionem puto, quotiens in materia erratur.*

4. Ratio autem, ob quam non valet contractus, quotiens circa rei ſubſtantiã erratur, hæc eſt, quod talis error ipſam contractus ſubſtantiam attingat. *So-*

Solutio contrariorum.

Nec his obſtat, *l.34. ff. de contrah empt.* in qua in hæc verba Paul. ſcribit: *Si in emptione fundi dictum ſit accedere Stichum ſervum neq; intelligatur quis è pluribus acceſſerit, cum de alio emptor, de alio venditor ſenſerit: Nihilominus fundi venditionem valere conſtat: Sed Labeo ait eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit.*

Hoc, inquam, non obſtat: Nam in caſu illius *L. 34.* Stichus, in quo erratum eſt, non principaliter venditus fuit, ſed alii rei principaliter venditæ acceſſit: Proinde, quamvis in hoc acceſſario ſit error admiſſus, eo tamen errore principalis obligatio non vitiatur, nec impeditur: Quandoquidem cum acceſſorium vitiatur, nõ protenus vitiatur principale. Præterea in caſu illius *L.34.* error non fuit commiſſus ſtatim ab initio, ſed poſt perfectam emptionem ex æquivocatione vocis emerſit quædam ambiguitas, quæ adverſus eum ſemper interpretanda eſt, qui potuit legem contractui apertiorem dicere, *l. 39. ff. de pact.*

Similiter non adverſatur, *l.45. ff de contrahend. empt.* In qua itidem proponitur circa materiam erratum & aurichalcum pro auro venditum, & tamen valere dicitur contractus emptionis venditionis.

℟. Hîc enim error non fuit in corpore & ſubſtantia rei venditæ, ſed in materiæ duntaxat qualitate: quia proponitur aurichalcum pro auro venditum: At aurichalcum nil aliud eſt quam aurum χαλκῷ permixtum atque ita vilius aurum, ſive impurum & ære contaminatum & mixtum. Et ſanè etiam authore Feſto aurichalcum non idem ſignificat, quod orichalcum.

Pari modo non adverſatur, *l. 65. §. 1. ff de V. oblig.* in qua proponitur ſtipulanti denarios ejusdem quantitatis aureos promiſſos & dicitur ſtipulationem valere; Cum tamen conſtet denarios ab aureis materia plurimum differre.

℟. Nam primò manifeſtum eſt in ſpecie, *d. l. 65.* §. 1. circa materiam non fuiſſe erratum, nec ex quodam errore pro denariis aureos fuiſſe promiſſos: Deinde, idcircò valet obligatio, quia in nummis non tam materia ſpectatur, quàm valor impoſititius, *l. 1. ff de contrahend. empt.* & quia ex quantitate magis, quam ex materia nummus æſtimatur, *l. 94. ff. de ſolut.* Undè etiam nummus quatenus nummus, rebus incorporalibus annumeratur & corporibus opponitur, *l. 64. ff. de condict. indeb. l. 95. de legat. 3. l. 5. de impoſſ. in rem dot. fact.*

Quæ-

QUÆSTIO VI.

An error circa materiam & materiæ qualitatem commiſſus vitiet contractum?

QUod de errore in corpore rei dictum, idem non dicendum de errore in rei qualitate & materia commiſſo. Nā quod ad errorem circa materiam rei, illum cōtractui non eſſe impedimento, oſtendit Ulpianus in *l. 1. §. 2. ff. de pign. act* ita ſcribens: *Si quis tamen, cum æs pignori daret, affirmavit hoc aurum eſſe, & ita pignori dederit, videndum erit an æs pignori obligaverit, & numquid, quia in corpus conſenſum eſt pignori eſſe videatur? quod magis eſt.* Nec huic refragatur, *l. 9. §. 2. ff. de contrah. empt.* ubi de emptione venditione planè contrarium idem Ulpianus ſcribit: *Inde quæritur ſi in ipſo corpore non erratur, ſed in ſubſtantia error ſit, utputa ſi acetum pro vino veneat, æs pro auro, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento ſimile, an emptio & venditio ſit, Marcellus ſcribit lib. 6. Dig. emptionem eſſe & venditionem, quia in corpus conſenſum eſt. Etſi in materia ſit erratum: Ego in vino quidem conſentio, quia eadem propè οὐσία eſt, ſi modo vinum acuit, cæterum ſi vinum non acuit, ſed ab initio acetum fuit, ut embamma aliud pro alio veniſſe videtur: In cæteris autem nullam eſſe*

venditionem puto, quotiens in materia erratur.

℞. Sed hoc, ut dixi non obſtat, quia etſi regulare hoc ſit atque in cæteris contractibus obtineat, ut error in materia vitiet contractus; excipitur tamen à regula emptio; cujus exceptionis, etſi variæ rationes adducantur, mihi tamen hæc omnium videtur veriſſima & appoſitiſſima, quod in emptione requiratur, ut ꝓportio aliqua ſit inter pretium & rem venditam. Jam verò nulla penitus foret proportio ſi V. c. pro auro æs venditum eſſet: quæ enim poſſet eſſe proportio inter æs & precium auri?

Non adverſatur etiam, quod quæ ratio eſt diſtractus, eadem quoque debeat eſſe contractus, *arg. l. Nihil tam. de* R. *Iur.* Atqui expediti juris eſt, pro auro non poſſe ſolvi æs, nec aliud poſſe pro alio invito ſolvi, *pr. I. quib. mod. oblig. ſolv.* Igitur conſequens eſt, nec poſſe aliud pro alio in contractum deduci, &, ſi ex errore id factum fuerit, contractum nullius eſſe momenti.

℞. Etenim coutractus & diſtractus non ſemper nec ubivis eadem eſt conditio, nec procedit argumentum à diſtractu ad cõtractum, quotiens leges diverſam utriusque conſtituunt naturam, ut hîc fieri ex prædictis liquet, atq; perſpicuè evincit, *d. l. 1. §. 2. ff. de pign. act.* Præ-

Digitized by Google

Præterea *non refragatur* noſtræ ſententiæ, quod circa materiam errantes nec in corpus conſentire videantur, quia qui maſſam auri ſtipulatur non aliter in maſſam iſtam conſentit, quàm ſi aurea ſit.

℞. Nam in omni contractu & negocio ſpectandum id, quod fit principaliter, *l. ſemper in ſtipulationibus, de Reg. Iur.* Jam verò cùm quis vas aliquod ſtipulatur, de ipſo corpore principaliter ſentit, & ideò, quamvis in materna diſſentiat, in ipſum tamen corpus conſenſiſſe videtur. Neque ulla hîc exiſtit iniquitás, nec error etiam contrahenti damnoſus eſt; ſiquidem damnum iſtud, quod inde ſentit, illi ab altero contrahente reſarciendùm eſt, *d. l. 1. in fine de pign. act. l. 21. §. 2 ff. de act. empt.*

De Errore qualitatis res certa & expedita eſt, quod nempe contractum non impediat, ſic enim Paulus in *l. 10. ff. de contrahend. empt.* Aliter atque ſi aurum quidem fuerit; deterius autem fuerit, quàm emptor exiſtimaret tunc enim emptio valet.

Nec adverſatur, quod & hic error æqualitatem & proportionem inter rem venditam & precium tollat, quia inter precium auri puri & aurum impurum magna ſit inæqualitas.

Reſp.

℞. Nam illa inæqualitas tanta non eſt, quanta ex errore materiæ exiſtit: Et inſuper conſequitur emptor quanti ſua intereſt ſe deceptũ nõ eſſe, *l.21.§.2.ff de A. empt.*

Non etiam obſtat, quod in *l.41. ff. de contrahend. empt.* ſi menſa argento cooperta ignoranti pro ſolida fuerit vendita nulla ſit emptio.

℞. Nam & hîc planè in materia fuit erratum: Nihil enim habet commune lignum menſæ cum argento neque eadem eſt horum οὐσία, neque operimentum pars eſt materiæ, (ut nec veſtimentum corporis,) hoc eſt, menſæ, quam argenteam præſtari convenit.

Errata. *P.14.l.10.eas.p.18.l. 3.ac. p. 23.l.12. cõtineat.l.15.formula.p.24.l.ult.hac.p.29.l.10. per pacificationem, p.31.l.12.portionem, p.36.l.* 8. *videatur, p.39.l.8.moralem, l.11. reſtrictam, p 41.l.19.conceſſam, p.42 l.16.permittant.p.43. l.18.Sic, p.44.l.5.deleatur reſtringere, p 61.l.21. juris prætorii, p.63.l.3.ſed, p.64.l.28.ff de juriſd. p.68.l.20.poſt verba valida eſt, inſere hæc verba, non eſſe nudam, ſed, p.70 l.12 factam, p.71.l. 25.voluntate, p.72.l 13.quoad, p.74 l.16.cauſa, p.75 l.11.habetur, p.81.l.pen.prius, p.93.l 5. appellari pactum. l.17.non eximit.l.25. V.C.p.98. l.14.convẽtiones, p 130.l 3.inducitur, l.25.eam.*

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google

Digitized by Google

d by Google

Digitized by Google